

**BETYDNINGEN AV VERNET MOT  
SELVINKRIMINERING I DEN EUROPEISKE  
MENNESKERETTIGHETSKONVENSJON ARTIKKEL 6  
VED KONKURRANSEMYNDIGHETENES INNHENTING  
AV BEVIS**

Kandidatnummer: 242

Veileder: Marius Emberland

Leveringsfrist: 25. november 2005

Til sammen 16492 ord

27.04.2006

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Presentasjon av tema og problemstilling	1
1.2	Problemstillingen settes i kontekst (konkurransemyndighetenes virkemidler)	3
1.3	Avgrensning av oppgaven	5
1.4	Metode og kilder	5
1.5	Oppbygning av oppgaven	9
<b><u>2</u></b>	<b><u>KOMMER VERNET MOT SELVINKRIMINERING TIL ANVENDELSE?</u></b>	<b><u>11</u></b>
2.1	Hvem kan påberope seg vernet?	11
2.1.1	Innledning	11
2.1.2	EMKs ordlyd	12
2.1.3	Praksis fra EMD	13
2.1.4	Formålsbetraktninger	15
2.1.5	Praksis fra EF-domstolen	17
2.1.6	Den norske konkurranselovens forarbeider	18
2.1.7	Oppsummering	19
2.2	Er konkurranserettslige sanksjoner straff?	20
2.2.1	Innledning	20
2.2.2	Den nasjonale rubriseringen	21
2.2.3	Handlingens karakter og alvor	24
2.2.4	Reaksjonens karakter og alvor	25
2.2.5	Når er foretaket "siktet"?	28
2.3	Oppsummering	32
<b><u>3</u></b>	<b><u>HVOR OMFATTENDE ER VERNET?</u></b>	<b><u>33</u></b>

<b>3.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>33</b>
<b>3.2</b>	<b>Er vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6 absolutt eller relativt?</b>	<b>33</b>
<b>3.3</b>	<b>Hvilke innhentingsmetoder rammes av vernet mot selvinkriminering?</b>	<b>36</b>
<b>3.4</b>	<b>Hvilke bevis omfattes av vernet mot selvinkriminering?</b>	<b>39</b>
3.4.1	Innledning	39
3.4.2	Praksis fra EMD	39
3.4.3	Praksis fra EF-domstolen	45
3.4.4	Formålsbetraktninger	49
3.4.5	Oppsummering	50
<b><u>4</u></b>	<b><u>”LENIENCY”-INSTRUMENTET I FORHOLD TIL VERNET MOT SELVINKRIMINERING I EMK ARTIKKEL 6</u></b>	<b><u>52</u></b>
<b><u>5</u></b>	<b><u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u></b>	<b><u>54</u></b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>56</u></b>

## 1 Innledning

### 1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Denne oppgaven har som formål å avklare hvilken betydning vernet mot selvinkriminering i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 6 har ved konkurransemyndighetenes innhenting av bevis.

Med vernet mot selvinkriminering menes det i det følgende at enhver som er siktet for en straffbar handling, har rett til å forholde seg taus og ikke bidra til sin egen domfellelse.<sup>1</sup> Dette innebærer først og fremst at siktede ikke kan tvinges til å forklare seg.<sup>2</sup>

Dette vernet følger for norsk retts vedkommende først og fremst av EMK art. 6. Vernet mot selvinkriminering er ikke uttrykkelig regulert EMK art. 6. Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) har imidlertid lagt til grunn at EMK art. 6 (1) gir siktede en slik rettighet ved å innfortolke den under retten til en rettferdig rettergang.<sup>3</sup> EMK er gjennom lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 2 norsk lov. EMK er i menneskerettsloven § 3 gitt forrang foran norsk lovgivning. Det følger av menneskerettsloven § 3 at EMKs bestemmelse vil gå foran ved en eventuell motstrid mellom en bestemmelse i den norske konkurranseloven og vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6.

Også i norsk intern rett finnes det regler som skal gi vern mot å inkriminere seg selv. Mistenkte og siktede har ikke forklaringsplikt overfor politiet og retten, jfr. lov av 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) §§ 230 og 232 samt §§

---

<sup>1</sup> Se Møse s. 345 og Jebens s. 407.

<sup>2</sup> Se Jebens s. 411, Møse s. 345 og Aall s. 223.

<sup>3</sup> Se Funke mot Frankrike (EMDs dom av 25. februar 1993) og Jebens s. 407.

90 og 91, og de kan ikke staffes for uriktig forklaring, jfr. Alminnelig borgerlig straffelov av 22. mai 1902 nr. 10 (straffeloven) § 167.<sup>4</sup> Disse bestemmelsene gjelder forklaringer overfor politiet og retten under en straffesak.<sup>5</sup> Denne oppgaven dreier seg imidlertid om vernet mot selvinkriminering ved *konkurransemyndighetenes* innhenting av bevis i en forvaltningssak.<sup>6</sup> Disse bestemmelsene er dermed ikke relevante i forbindelse med vår problemstilling.

I straffesaker er vernet mot å bli tvunget til å inkriminere seg selv ved å bli tvunget til å vitne mot seg selv eller erkjenne seg skyldig, godt innarbeidet.<sup>7</sup> Det virker klart at EMK art. 6 gjelder i tilfelle der en fysisk person blir siktet for å overtre lovregler som er klassifisert som straffelovgivning etter norsk rett.<sup>8</sup> På forvaltningsstadiet er imidlertid spørsmålet om rekkevidden av selvinkrimineringsvernet mer komplisert.

Konkurransemyndighetene innehar vide fullmakter til å innhente bevis. Opplysningsplikten overfor konkurransemyndighetene kan komme i konflikt med vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6.<sup>9</sup> I denne analysen stilles det spørsmål om EMK art. 6 også kommer til anvendelse overfor foretak i forbindelse med konkurransemyndighetenes saksbehandling slik at konkurransemyndighetene ved sin innhenting av bevis må respektere vernet mot selvinkriminering. I tillegg vil jeg forsøke å redegjøre for hvor omfattende vernet mot selvinkriminering er. På bakgrunn av drøftelsene om vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6s anvendelsesområde og rekkevidde er hensikten altså å utlede hvilken betydning dette vernet har ved konkurransemyndighetenes innhenting av bevis.

---

<sup>4</sup> Se Møse s. 245.

<sup>5</sup> Se Møse s. 345.

<sup>6</sup> Med konkurransemyndigheter siktes det her først og fremst til det norske Konkurransetilsynet og Europakommisjonen. Begge er forvaltningsorganer.

<sup>7</sup> Innst.O.nr.50 (2003-2004) punkt 1.7.1.1.

<sup>8</sup> Jfr. EMK art. 6s ordlyd: "in determination of...any criminal charge against him, everyone is entitled..."

<sup>9</sup> Opplysningsplikten er regulert i den norske konkurranse-loven § 24, på EU-rettens område er opplysningsplikten regulert i rådsforordning 1/2003 art. 18.

## 1.2 Problemstillingen settes i kontekst (konkurransemyndighetenes virkemidler)

Konkurranseloven av 5. mars 2004 trådte i kraft 1. mai 2004. Et hovedformål med loven er å harmonisere de norske konkurranseregler for foretak med EØS-reglene. EØS-reglene omfatter EF-traktaten artikkel 81 flg., EØS-avtalen artikkel 53 flg., en stor mengde sekundærregler gitt av Europakommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan (ESA), samt praksis fra domstolene til EU og EFTA. Med utgangspunkt i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 har vi fått § 10 om forbud mot konkurransebegrensende avtaler mellom foretak og § 11 om forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling.<sup>10</sup>

Konkurransetilsynet har i henhold til konkurranseloven som oppgave å oppdage, oppklare og sanksjonere brudd på loven.<sup>11</sup> Overtredelsesgebyrene Konkurransetilsynet har fått hjemmel til å ilegge, skal ligge på nivå med EU-kommisjonens bøter.<sup>12</sup> Det innebærer at de kan bli betydelige – opptil ti prosent av foretakets omsetning. Det system som er valgt i loven er begrunnet i et ønske om å effektivisere reaksjonssystemet i konkurransesaker.<sup>13</sup>

For at det skal være mulig for konkurransemyndighetene å oppklare brudd på loven, er de tildelt en omfattende kompetanse til å innhente bevis. For oversiktens skyld, vil jeg i det følgende gi en kortfattet gjennomgåelse av reglene om opplysningsplikt. I den norske konkurranseloven § 24 første ledd fastslås det at enhver plikter å gi konkurransemyndighetene de opplysninger som disse myndighetene krever. Av dette kan det utledes at foretakene eller mer presist sagt representanter for foretaket, er pliktige til å forklare seg og gi svar på de spørsmål konkurransemyndighetene stiller.

Konkurranseloven § 24 annet ledd fastslår at konkurransemyndighetene kan kreve utlevert alle typer informasjon og bærere av slik informasjon (gransking). Granskningen som konkurransemyndighetene foretar, består normalt i å lese gjennom eller på annen måte

---

<sup>10</sup> Se Graver s. 340.

<sup>11</sup> Se krrl. § 9 "Konkurransetilsynets oppgaver", kap. 6 "Saksbehandling ved undersøkelser og kontroll" og kap. 7 "Sanksjoner".

<sup>12</sup> Se Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) punkt 8.2.2.

<sup>13</sup> Se NOU 2002: 12 Ny Konkurranselov, s. 127.

undersøke dokumenter og andre informasjonsbærere med sikte på å bekrefte eller avkrefte en eventuell mistanke om overtredelse av konkurranselovens bestemmelser eller vedtak i medhold av denne.<sup>14</sup> Konkurransemyndighetene kan altså i tillegg til å kreve at spørsmål besvares, kreve å få undersøkt informasjonsbærere, da typisk dokumenter. Krrl. § 24 første og annet ledd om opplysningsplikt og granskning gjelder selv om det er besluttet bevissikring etter § 25, dette fremgår av § 24 tredje ledd.

EU-kommisjonens etterforskningsfullmakter er oppstilt kapitel V i rådsforordning 1/2003.<sup>15</sup> I henhold til denne forordningens art. 18 kan Kommisjonen pålegge foretak eller sammenslutninger av foretak å stille alle nødvendige opplysninger til rådighet innen en fastsatt frist. I tillegg til at foretakene må svare på spørsmål, innebærer dette at foretakene må utlevere eksisterende dokumentasjon.<sup>16</sup>

Både bestemmelsene i konkurranseloven og EU-rettslige bestemmelser om opplysningsplikt kan virke svært inngripende overfor foretakene. Samtidig som foretakene etter konkurranseloven § 24 og rådsforordning 1/2003 art. 18 er pliktige til å forklare seg eller å utlevere dokumenter dersom konkurransemyndighetene krever det, kan de møtes med sanksjoner dersom de ikke følger konkurransemyndighetenes pålegg.<sup>17</sup> Den sanksjonerte opplysningsplikten står tilsynelatende i skarp kontrast til vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6. Forholdet mellom opplysningsplikten og vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6 er imidlertid ikke avklart i konkurranseloven. Konkurransetilsynet har i sin praksis lagt til grunn at selvinkrimineringsvernet ikke gjelder på kontrollstadiet.<sup>18</sup> Til tross for at vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6 tilsier at foretakene ikke skal kunne tvinges til å medvirke i å fremskaffe bevis mot seg selv, tyder

---

<sup>14</sup> Se Moderniseringsdepartementets høringsnotat – utkast til forskrift om opplysningsplikt, bevissikring og behandling av overskuddsinformasjon som vil erstatte forskrift av 1995.

<sup>15</sup> Rådets forordning (EF) Nr. 1/2003 av 16. desember 2002 om gjennomførelse av konkurransereglene i EF-traktatens artikkel 81 og 82.

<sup>16</sup> Se Wils s. 569.

<sup>17</sup> Jfr. krrl. §§ 28 og 29 og Rfo. art. 23 og 24.

<sup>18</sup> Se Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) punkt 9.2.1.

verken konkurranselovens bestemmelser eller Konkurransetilsynets praksis på at rettigheten blir respektert. På EU-rettens område er problemstillingen behandlet i recital 23 i rådsforordning 1/2003. Her gis foretakene et begrenset vern mot selvinkriminering. Recital 23 gir uttrykk for hvordan vernet mot selvinkriminering er tolket på EU-rettens område, men vil ikke være avgjørende for hvilken betydning vernet mot selvinkriminering i henhold til EMK art. 6 har ved konkurransemyndighetenes innhenting av bevis.<sup>19</sup>

### 1.3 Avgrensning av oppgaven

Oppgaven tar for seg betydningen av vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6 ved konkurransemyndighetenes innhenting av bevis i saker om forvaltningssanksjoner. Oppgaven vil følgelig dreie seg om prosessen som kan lede til illeggelse av sivilrettslige bøter og ikke idømmelse av straff. Oppgaven vil følgelig ikke omhandle reglene om straff i konkurranseloven § 30 og heller ikke bruk av bevis innhentet av forvaltningsmyndigheter i senere straffesaker.

### 1.4 Metode og kilder

Fremstillingen har som siktemål å klarlegge gjeldende rett på området, dvs. den søker å avklare hvor langt selvinkrimineringsvernet i EMK art. 6 rekker som en begrensning på aktørenes opplysningsplikt overfor konkurransemyndighetene. Dette er i seg selv et sentralt spørsmål som ikke er fullt ut klarlagt i teori og praksis. Oppgaven vil av plasshensyn ikke gå inn i de lege ferenda-drøftelser eller ellers anlegge normative perspektiver.

Oppgaven legger med andre ord en rettsdogmatisk metode til grunn, hvor gjeldende rettsdogmatikk innenfor EMK-retten vil stå sentralt. Det er likevel en viss forbindelse mellom oppgavens problemstilling og EØS/EU-retten, slik at også EØS- og EU-rettslig rettsdogmatikk vil ha en viss betydning for oppgaven.

---

<sup>19</sup> Recital 23 er utviklet på bakgrunn av EF-domstolens praksis om temaet, jfr. Whish s. 262 som skriver ”Recital 23 of the Modernisation Regulation (in acknowledgement of the case-law discussed below) states ...” Whish henviser her blant annet til Orkem og Mannesmannröhren-Werke. Recitals er innledende bemerkninger og minner om slike fortaler som ofte finnes i traktater/konvensjoner.



Oppgavens tema forutsetter en behandling av regler innenfor både internasjonale menneskerettigheter og konkurranserett. Konkurranseloven og EØS-rettens konkurranseregler bygger på tilsvarende regler i EU-retten. I oppgaven vil de konkurranserettslige vurderingene knyttes direkte opp mot EU-retten. Bakgrunnen for at det tas utgangspunkt i EU-retten fremfor EØS-avtalen som Norge er tilknyttet, er at det foreligger mye mer konkurranserettslig praksis fra EF-domstolen.<sup>20</sup> I tillegg tar nesten all juridisk teori utgangspunkt i EU-rettens løsninger. Dette er også bakgrunnen for at det tas utgangspunkt i Europakommisjonens praksis fremfor praksis fra EFTAS overvåkningsorgan (ESA).

Oppgavens analyser bygger i første rekke på de kilder som det er relevant å bygge på ved anvendelsen av rettsregler i EMK-retten. Først og fremst vil det tas utgangspunkt i lovgivning, både internasjonale konvensjonstekster og norske lovtekster. EMK vil stå sentralt i denne fremstillingen, samtidig vil den norske konkurranseloven og EU-rettslig lovgivning trekkes inn. På EU-rettens område er det gitt nærmere regler for gjennomførelsen av EF-traktatens konkurranseregler gjennom utstedelse av en forordning.<sup>21</sup> Også denne forordningen vil være en relevant kilde i fremstillingen.

Som det fremgår av oppgavens problemstilling, vil EMK art. 6 – bestemmelsens ordlyd – i utgangspunktet være en sentral bestemmelse. Ved tolkningen av EMK - som jo er en folkerettslig traktat – er det naturlig å ta utgangspunkt i de regler som i alminnelighet gjelder for traktattolkning i folkeretten, slik disse er kodifisert i Wien-konvensjonen av 23. mai 1969 art. 31-33.<sup>22</sup> Wien-konvensjonen behandles i en rekke folkerettslige

---

<sup>20</sup> At EØS-avtalen skal gjelde som norsk lov fremgår av lov av 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring av hoveddelen i avtale om Det europeiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) § 1.

<sup>21</sup> Det siktes her til rådsforordning 1/2003, den såkalte Moderniseringsreformen. Rådsforordning 1/2003 trådte i kraft 1. mai 2004 i EU, og 19. mai 2005 i EØS, se konkurransetilsynets nettside ([www.konkurransetilsynet.no](http://www.konkurransetilsynet.no)): "Ny EØS-konkurranselov i kraft fra 19. mai" under "Aktuelt."

<sup>22</sup> Det er antatt at disse reglene er uttrykk for alminnelig folkerett. Det er således ikke av betydning at Norge ikke har ratifisert Wien-konvensjonen, eller at EMK er en traktat som er eldre enn Wien-konvensjonen, jfr. Wien-konvensjonen art. 4 og Elgesem s. 206.

fremstillinger.<sup>23</sup> Her nøyer jeg meg med å nevne at traktater skal tolkes i samsvar med den vanlige forståelse av ordlyden samt i lys av konteksten og formålet.<sup>24</sup>

Vernet mot selvinkriminering kan imidlertid ikke utledes på bakgrunn av lesing av EMK art. 6 s ordlyd. Konvensjonsteksten er taus.<sup>25</sup> I vårt tilfelle vil ordlyden ikke kunne gi noen veiledning om selvinkrimineringsvernets rekkevidde. Dermed vil også andre kilder enn ordlyden som omfatter selvinkrimineringsvernet være aktuelle i denne oppgaven.

I tilknytning til drøftelsene om selvinkrimineringsvernets anvendelsesområde, behandles begreper som uttrykkelig er nevnt i konvensjonsteksten. I den forbindelse bør det nevnes at en del begreper i EMK gis en autonom mening, det vil si at EMD ikke ser seg bundet av den forståelse som er gitt de tilsvarende begreper i nasjonal rett.<sup>26</sup> Dette gjelder blant annet begrepet "criminal charge" ("straffesiktelse") i EMK art. 6.<sup>27</sup> Begrunnelsen er at dersom det var overlatt til statene å definere innholdet av sentrale begreper i EMK ville statene kunne få kontroll over hva som skulle falle under konvensjonens vern.<sup>28</sup>

Den primære rettskilde for oppgaven, ved siden av lovgivning, er rettsavgjørelser.<sup>29</sup> Hovedvekten legges på EMDs praksis. Betydningen av rettspraksis er ikke direkte regulert i Wien-konvensjonen. Statuttene for Den internasjonale domstol av 26. juni 1945 anerkjenner rettsavgjørelser som kilder, men fastsetter at de bare er subsidiære.<sup>30</sup> Dette kan imidlertid ikke være avgjørende for betydningen av praksis etter EMK. Hensynet til

---

<sup>23</sup> Se for eksempel Ruud og Ulfstein s. 64-70.

<sup>24</sup> Jfr. Wien-konvensjonen art. 31.

<sup>25</sup> EMD har imidlertid lagt til grunn at EMK art. 6 gir siktede en sik rettighet, ved å innfortolke den under retten til rettferdig rettergang, se Funke mot Frankrike. EMDs dom av 25. februar 1993.

<sup>26</sup> Se Elgesem s. 213.

<sup>27</sup> Se Engel m. fl. mot Nederland (EMDs dom av 8. juni 1976).

<sup>28</sup> Se Elgesem s. 213-214.

<sup>29</sup> Sitater fra EMDs dommer vil gis på engelsk, mens sitater fra EF-domstolens dommer gis på dansk da dette er mest likt norsk.

<sup>30</sup> Se Statuttene art. 38 (1) (d).

konsekvens og forutberegnelighet tilsier med styrke at tidligere domsavgjørelser tillegges vekt ved tolkningen av EMK.<sup>31</sup> EMD tillegger egen rettspraksis betydelig vekt i sin rettsanvendelse.<sup>32</sup> Av denne grunn vil det også i oppgaven legges stor vekt på EMDs praksis. Særlig siden EMK art. 6 ikke uttrykkelig regulerer vernet mot selvinkriminering og fordi dette vernet er innfortolket og flere ganger behandlet av EMD, vil EMDs praksis i realiteten være den primære kilden i drøftelsene om denne rettighetens betydning.

EF-domstolen har ved flere anledninger direkte behandlet spørsmålet som problemstillingen reiser. Også denne domstolens praksis vil dermed være en relevant kilde i denne oppgaven.<sup>33</sup> Dette er også i samsvar med EMK-rettslig metode, all den stund EU/EØS-rett vil utgjøre en form for internasjonal rett som Konvensjonen, i følge EMD, må tolkes i samsvar med så langt det lar seg gjøre.<sup>34</sup> Rekkevidden av vernet mot selvinkriminering på kontrollstadiet er ikke avgjort i norsk rettspraksis på konkurranselovens område.<sup>35</sup> Norsk rettspraksis vil derfor ikke behandles i oppgaven.

I forarbeidene til den norske konkurranseloven behandles selvinkriminering som en grense for opplysningsplikten overfor konkurransemyndighetene. Forarbeidene kan sånn sett være et nyttig redskap for å belyse problemstillingen og vil vurderes i oppgaven.

En rekke av drøftelsene støtter seg til argumenter hentet fra juridisk teori. Det dreier seg hovedsakelig om norsk og engelskspråklig teori, i tillegg har jeg brukt enkelte danske fremstillinger.

---

<sup>31</sup> Se Ruud og Ulfstein s. 54.

<sup>32</sup> Se Elgesem s. 210.

<sup>33</sup> Det vil henvises både til dommer avsagt av EF-domstolen og Førsteinstansretten. Førsteinstansretten ble opprettet i 1988 og er formelt en del av EF-domstolen.

<sup>34</sup> Se Bankovic m. fl. mot Belgia (EMDs dom av 12. desember 2001 punkt 57).

<sup>35</sup> Se Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) punkt 9.2.1.

## 1.5 Oppbygning av oppgaven

Oppgaven består av fem deler. I denne delen (kapitel 1) er det gitt en innledning av oppgavens tema. De etterfølgende kapitlene utgjør selve oppgavens analyse. Det første av de etterfølgende kapitlene drøfter om vernet mot selvinkriminering kommer til anvendelse i vårt tilfelle (kapittel 2) og det andre drøfter hvor omfattende dette vernet eventuelt er (kapitel 3). I tillegg drøftes ”leniency”-instrumentets forhold til vernet mot selvinkriminering i kapitel 4. Dette kapitlet er ikke like omfattende som de to foregående. Oppgaven avsluttes med noen avsluttende bemerkninger (kapitel 5).

Kapitel 2 og 3 utgjør oppgavens hoveddel og jeg vil derfor i det følgende si litt mer om hvordan denne delen er bygget opp. I kapitel 2 drøftes det om vernet mot selvinkriminering overhodet er anvendelig i konkurransesaker. For det første tar jeg stilling til om foretak kan påberope seg vernet mot selvinkriminering. Her blir spørsmålet om juridiske personer i likhet med fysiske personer gis beskyttelse etter EMK art. 6 (punkt 2.1). For det andre fremgår det av EMK art. 6s ordlyd at bestemmelsen kommer til anvendelse ”in the determination...of any criminal charge against him”. Det vil derfor vurderes hvorvidt overtredelsesgebyrene/bøtene som konkurransemyndighetene kan ilegge foretakene er straff i konvensjonens forstand og på hvilket tidspunkt et foretak eventuelt vil anses som siktet (punkt 2.2).

Etter å ha drøftet om vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6 kommer til anvendelse, vil jeg i kapitel 3 drøfte hvor omfattende vernet mot selvinkriminering er. Jeg forsøker altså her å si noe om hvilken beskyttelse vernet mot selvinkriminering eventuelt gir foretakene ved konkurransemyndighetenes av bevis. I tilknytning til dette spørsmålet vil jeg ta stilling til om vernet er absolutt eller relativt og hvilke konsekvenser dette har på konkurranserettsområdet (punkt 3.2).

Jeg fortsetter deretter med en vurdering av hvilke innhentingsmetoder som rammes av vernet mot selvinkriminering (punkt 3.3). Et sentralt moment ved denne drøftelsen vil være hvorvidt beviset er innhentet ved bruk av tvang. Deretter vil jeg se på hvilke bevis som omfattes av vernet mot selvinkriminering (punkt 3.4). Med hvilke bevis mener jeg hvilken

type/hvilke former for bevis som omfattes. I forbindelse med konkurransesaker er det først og fremst innhenting av forklaringer og dokumenter som kan virke inkriminerende. Det vil vurderes om vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6 gir foretakene en rett til å nekte å gi konkurransemyndighetene denne type bevis.

## **2 Kommer vernet mot selvinkriminering til anvendelse?**

### **2.1 Hvem kan påberope seg vernet?**

#### **2.1.1 Innledning**

For å kunne bedømme om vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6 overhodet er anvendelig, må det klarlegges hvem som kan være rettssubjekter. Med et rettssystems subjekter menes de som kan hevde rettigheter og pådra seg forpliktelser i henhold til reglene.<sup>36</sup> Det vil her undersøkes nærmere hvem som kan hevde rettighetene, nærmere bestemt hvem som etter den tradisjonelle tilnærmingen i folkeretten kan være interessesubjekt.<sup>37</sup>

Forbudsbestemmelsene i konkurranseloven og EF-traktaten retter seg mot foretak.<sup>38</sup> EF-traktaten inneholder ikke en definisjon av ”foretak”, men begrepet har flere ganger vært behandlet av EF-domstolen og Kommisjonen. EF-domstolen har ved flere anledninger blant annet i Höfner & Elser, understreket at foretaksbegrepet omfatter: ”enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåte”.<sup>39</sup> Alle former for foretak fra aksjeselskap til det personlig eide firma er omfattet av foretaksbegrepet.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> Se Ruud og Ulfstein s. 73.

<sup>37</sup> Se mer om den tradisjonelle tilnærmingen i Ruud og Ulfstein s. 85 flg.

<sup>38</sup> Se for eksempel EFT art. 81: ”Enhver avtale mellom foretak...” Konkurransereglene skiller seg sånn sett fra de andre bestemmelsene i EFT som retter seg mot medlemsstatene, for eksempel EFT art. 39 om fri bevegelse for arbeidstakere.

<sup>39</sup> Se Höfner & Elser (EMDs dom av 23. april 1991 i sak C-41/90 punkt 21).

<sup>40</sup> Se Christensen m. fl. s. 57.

Den norske konkurranseloven inneholder en definisjon av ”foretak” som er inspirert av EF-domstolens definisjon. Krrl. § 2 fastslår at ”Med foretak menes i denne loven enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet”.

Til tross for at det naturligvis vil være fysiske personer som gir de inkriminerende opplysningene, er det foretakene som eventuelt overtrer forbudene og de sivilrettslige sanksjonene som konkurransemyndighetene ilegger vil rette seg mot foretakene.<sup>41</sup> I forhold til konkurransesaker og i forbindelse med denne analysen er det derfor nødvendig å undersøke hvorvidt også juridiske personer er omfattet av vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6. Dersom juridiske personer ikke er rettssubjekter i EMK art. 6, vil de heller ikke kunne påberope seg vernet. En juridisk person er et rettssubjekt som uten å være en fysisk person kan ha rettigheter og plikter og foreta rettsstiftende handlinger.<sup>42</sup> Med menneskerettigheter tenker man imidlertid ikke først og fremst på juridiske personers rettigheter.<sup>43</sup>

### 2.1.2 EMKs ordlyd

EMKs ordlyd vil være det naturlige utgangspunkt ved tolkningen.<sup>44</sup> EMK art. 1 fastsetter at konvensjonspartene skal sikre enhver (”everyone”) innen sitt myndighetsområde de rettighetene og friheter som er fastlagt i del I i konvensjonen. Også EMK art. 6 kommer til anvendelse for enhver (”everyone is entitled to a fair and public hearing...”). Uttrykket ”everyone” kan gi grunnlag for ulike forståelser og gir liten veiledning med hensyn til om juridiske personer kan påberope seg selvinkrimineringsvernet. EMK art. 6 har tillegget ”his civil rights and obligations/criminal charges against him”. Siden uttrykkene ”his” og ”him” etter vanlig språklig forståelse brukes om mennesker og ikke om foretak, tilsier en ren ordlydsfortolkning at rettighetene kun tilkommer fysiske personer. Det kan imidlertid ikke

---

<sup>41</sup> Etter den norske konkurranseloven kan i tillegg fysiske personer straffes med fengsel eller bøter, jfr. krrl. § 30. Dette temaet omfattes imidlertid ikke i denne analysen.

<sup>42</sup> Se Gisle m. fl. s. 140.

<sup>43</sup> Se Rogne s. 177.

<sup>44</sup> Se Wien-konvensjonen om traktatrettetten art. 31 første ledd: ”A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its objects and purpose”.

utledes noe konkret svar på om også juridiske personer kan påberope seg vernet på bakgrunn av ordlyden i EMK art. 6 alene.

EMK art. 25 gir riktignok klagerett foruten til "any person" også til "any...non-governmental organisation" eller "group of individuals".<sup>45</sup> Dette må ses som et uttrykk for at summen av individenes rettigheter etter omstendighetene best ivaretas hvor de utøves kollektivt.<sup>46</sup> Også EMKs første tilleggsprotokolls art. 1 kunne tale for at det bare er individene - de fysiske personene - som omfattes. Her het er det at "every natural or legal person is entitled to ...". Når "legal person" uttrykkelig er nevnt i denne bestemmelsen, kunne det tyde det på at disse ikke er vernet etter bestemmelser hvor det ikke er sagt, hvis legal person allerede ligger i begrepet "everyone" ville det ikke vært nødvendig å presisere det i protokollens art. 1.<sup>47</sup> Disse betraktningene kunne tyde på at foretak ikke er omfattet av art. 6 som bruker begrepet "everyone".

### 2.1.3 Praksis fra EMD

Den praksis fra EMD som dreier seg om vernet mot selvinkriminering har hittil gjeldt spørsmål rettet mot fysiske personer under etterforskninger som potensielt kunne lede til at fysiske personene ble idømt fengselstraff eller andre strafferettslige sanksjoner.<sup>48</sup> Det er ikke åpenbart at EMD ville gitt vernet mot selvinkriminering samme rekkevidde overfor juridiske personer i en prosess tilsvarende den som følger av rådsforordning 1/2003, så lenge prosessen kun kan føre til at juridiske personer ilegges bøter.<sup>49</sup> EMDs praksis gir ikke noe sikkert svar på om vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6 gjelder for foretak.

---

<sup>45</sup> I forhold til klageretten er det spørsmål om hvem er påtalesubjekt og ikke interessesubjekt. Se Ruud og Ulfstein s. 85-86.

<sup>46</sup> Se Aall s. 296.

<sup>47</sup> Se Aall s. 296.

<sup>48</sup> Se for eksempel Funke mot Frankrike (EMDs dom av 25. februar 1993) og Saunders mot Storbritannia (EMDs dom av 17. desember 1996).

<sup>49</sup> Se Wils s. 577.



I Autronic AG-dommen slås det fast at ”Article 10...applies to ”everyone”, whether natural or legal persons”.<sup>50</sup> EMK art. 10 gjelder ytringsfrihet. Dommen er meget knapt begrunnet på dette punkt. Dens rekkevidde utenfor art. 10 er derfor noe usikker.<sup>51</sup> Den omstendighet at dommen er nokså gammel (fra 1990) og at det ikke foreligger flere dommer som bekrefter fortolkningen, kan også svekke dommens betydning.

Vernet mot selvinkriminering er innfortolket i EMK art. 6, samtidig er retten til å forholde seg taus innfortolket i bestemmelsen om ytringsfrihet i art. 10. Dette ble fastslått i K mot Østerrike.<sup>52</sup> På grunn av forlik mellom K og Østerrike, er det bare Kommisjonens avgjørelse som illustrerer problemstillingen i saken. K ble innkalt som vitne i en sak vedrørende kjøp av heroin, men nektet å vitne i frykt for at han selv ville bli dømt for kjøp av heroin. Domstolen bøtela og fengslet K i et forsøk på å få ham til å forklare seg. Kommisjonen kom til at art. 6 ikke var anvendelig siden K ikke var ”criminally charged”, men kom til at det forelå brudd på EMK art. 10 om ytringsfrihet. Forholdet krenket ytringsfrihetens negative side, retten til å forholde seg taus.

Til tross for at dette er en Kommissjonsavgjørelse og ikke en dom, tilsier avgjørelsen at vernet mot selvinkriminering både kan forankes i art. 6 og art. 10. Det virker urimelig at foretak skal nyte godt av vernet mot selvinkriminering dersom det er forankret i art. 10, men ikke hvis det er forankret i art. 6. Det er antakelig riktigst å ta utgangspunkt at ”everyone” i art. 6, skal fortolkes på samme måte som det tilsvarende begrep i art. 10.<sup>53</sup> Hvor EMK benytter ett og samme uttrykk i flere artikler, tilsier hensynet til konsekvens at uttrykket har samme betydning de stedene det forekommer.<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup> Se Autronic AG mot Sveits (EMDs dom av 22. mai 1990).

<sup>51</sup> Se Aall s.296.

<sup>52</sup> av 2. juni 1993.

<sup>53</sup> Se Aall s. 297.

<sup>54</sup> Se Aall s. 17.

#### 2.1.4 Formålsbetraktninger

Formålsbetraktninger blir tillagt betydelig vekt i EMDs praksis. Det kan dreie seg om de generelle formål bak EMK eller et formål som tillegges enkeltbestemmelsen i konvensjonen.<sup>55</sup> Her tas det først utgangspunkt i konvensjonens formål, deretter drøftes formålet med vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6.

EMDs praksis kan tyde på at hovedformålet med konvensjonen er å sikre enkeltmennesket overfor statsmakten.<sup>56</sup> I Christine Goodwin-saken hvor EMD brøt med sin tidligere restriktive praksis i saker om transseksuelles rettigheter, la EMD vekt på at "the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom".<sup>57</sup> Formålet kommer ikke direkte til uttrykk i noen av EMKs artikler, men mange av artiklenes karakter kan tilsi at hensynet til individets verdighet er et grunnleggende formål.<sup>58</sup> Fortalen viser at en styrking av individets rettigheter er et sentralt formål med konvensjonen.<sup>59</sup>

Konvensjonens formål og selve begrepet *menneskerettigheter* peker i retning av at art. 6 er begrenset til å verne fysiske og ikke juridiske personer.<sup>60</sup> Dette kan tilsi at foretakene ikke kan påberope seg selvinkrimineringsvernet i EMK art. 6.

Konvensjonens fortale og praksis fra EMD tilsier at EMK tar sikte på å ivareta også andre formål. På bakgrunn av konvensjonens fortale femte setning og Golder-saken,<sup>61</sup> er ivaretagelse av rettsstatens verdier et sentralt formål med konvensjonen. I denne saken lot EMD det være avgjørende at man ikke kunne forestille seg et samfunn bygget på "the rule of law" uten at borgerne var sikret "access to court". Dette formålet kan tilsi at også foretak

---

<sup>55</sup> Se Elgesem s. 214.

<sup>56</sup> Se Soering mot Storbritannia (EMDs dom av 7. juli 1989) og Christine Goodwin mot Storbritannia. (EMDs dom av 11. juli 2002).

<sup>57</sup> Se Christine Goodwin mot Storbritannia (EMDs dom av 11. juli 2002 punkt 90) og Elgesem s. 215.

<sup>58</sup> Se for eksempel EMK art. 2 "Retten til liv", art. 3 "Forbud mot tortur" og art. 4 "Forbud mot slaveri og tvangsarbeid".

<sup>59</sup> Se Aall s. 34.

<sup>60</sup> Se Aall s. 296.

<sup>61</sup> Golder mot Storbritannia (EMDs dom av 21. februar 1975).

kan påberope seg vernet mot selvinkriminering for å unngå at de blir utsatt for vilkårlighet og urimelig maktmisbruk fra myndighetenes side.

Vernet mot selvinkriminering har utspring i og er bygget på ideen om respekt for menneskers vilje.<sup>62</sup> I EMDs praksis i saker om selvinkriminering legges det vekt på at en persons vilje skal respekteres.<sup>63</sup> Dette kan tyde på at vernet er forbeholdt fysiske personer, som faktisk kan ha en vilje.

Vernet mot selvinkriminering vokste frem som en reaksjon på middelalderens bruk av tortur i straffeprosessen.<sup>64</sup> I straffeprosessen anses retten til å nekte å inkriminere seg selv som en viktig rettssikkerhetsgaranti.<sup>65</sup> I denne sammenheng er det et klart behov for vernet da det virker urimelig at enkeltpersoner skal bli tvunget til å inkriminere seg selv når dette kan føre til idømmelse av bøter og fengsel overfor vedkommende. Dette hensynet gjør seg ikke gjeldende i samme grad i en situasjon der konkurransemyndighetene innhenter bevis fra foretakene. Konkurransemyndighetene har ikke kompetanse til å straffe enkeltindivider. Dersom det konstateres at en handling er i strid med konkurransereglene, vil konkurransemyndighetene kun ha adgang til å ilegge foretak økonomiske sanksjoner. Overfor fysiske personer, som menneskerettighetene i første rekke tar sikte på å verne, vil opplysningsplikten<sup>66</sup> ikke ha spesielt inngripende eller dramatiske følger. Til tross for at konkurransemyndighetene også undersøker små foretak med begrensede ressurser, vil de som mistenkes for lovbruddene ofte være store foretak med god tilgang på advokatbistand og muligens god oversikt over egne rettigheter.<sup>67</sup> Sånn sett har ikke foretakene like stort behov for den beskyttelse vernet mot selvinkriminering gir, noe som

---

<sup>62</sup> Se blant annet Saunders mot Storbritannia (EMDs dom av 17. desember 1996) og O'Boyle s. 1033.

<sup>63</sup> Se f.eks. Saunders mot Storbritannia (EMDs dom av 17. desember 1996).

<sup>64</sup> Se blant annet Rogne s. 140 og Levy som har gitt en inngående redegjørelse for historien bak vernet mot selvinkriminering.

<sup>65</sup> Se Rogne s. 146.

<sup>66</sup> Jfr. krrl. § 24 og Rfo. art. 18.

<sup>67</sup> Se Rogne s. 147.

igjen kan tilsi at foretak ikke kan påberope seg vernet ved konkurransemyndighetenes innhenting av bevis. Til tross for at noen av foretakene som etterforskes av konkurransemyndighetene er mer ressurssterke enn enkeltindivider, vil likevel foretakene ha behov for en beskyttelse mot overgrep fra statens side. I forhold til staten vil foretak stå i en svakere stilling. Rettssikkerhetshensyn kan dermed tilsi at også foretak innrømmes den beskyttelse EMK art. 6 gir.

### 2.1.5 Praksis fra EF-domstolen

EF-domstolens avgjørelser kan være et tolkningsmoment i forhold til EMK. Det foreligger enkelte eksempler på at EMD henviser til EF-domstolens praksis.<sup>68</sup> EF-domstolens praksis kan brukes som argument ved tolkning av EMK fordi den gir uttrykk for felles europeiske normer. I EU-retten er det gjennom Orkem-dommen<sup>69</sup> og Mannesmannröhren-dommen<sup>70</sup> forutsatt at det kan gjelde et selvinkrimineringsvern for foretak.<sup>71</sup>

EF-domstolens praksis bygger ikke direkte på EMK, men på grunnleggende fellesskapsrettslige rettigheter. Det utales i Mannesmannröhren-dommen at ”fællesskabsretten anerkender de almindelige principper om retten til kontradiktion og om retten til en retfærdig retergang.” Disse prinsippene gir etter EF-domstolens mening en lignende beskyttelse som den som sikres ved EMKs art. 6.<sup>72</sup> Det finnes flere EU-rettslige kilder som kan tilsi at foretak oppnår samme beskyttelse innen de to rettsområdene. EU-traktaten art. 6 (2) fastslår at Unionen skal respektere de grunnleggende rettigheter slik de er sikret i EMK.<sup>73</sup> I tillegg proklamerte EU- lederne i desember 2000 ”the Charter of Fundamental Rights” som blant annet er inspirert av EMK.

---

<sup>68</sup> Se f. eks. dommer Kerrs særvotum i Hatton m. fl. mot Storbritannia (EMDs dom av 2. oktober 2001).

<sup>69</sup> Se Orkem mot Kommisjonen (EF-domstolens dom av 18. oktober 1989 i sak 374/87).

<sup>70</sup> Se Mannesmannröhren-Werke AG mot Kommisjonen (Rettens dom av 20. februar 2001 i sak T-112/98).

<sup>71</sup> Samtidig gir Rfo. 1/2003 recital 23 foretak et visst vern mot selvinkriminering.

<sup>72</sup> Se Mannesmannröhren-Werke AG mot Kommisjonen (Rettens dom av 20. februar 2001 i sak T-112/98 punkt 77).

<sup>73</sup> Se EU-traktaten av 17. februar 1992 art. 6 (2).

At EF-domstolen fastslår at foretak kan påberope seg vernet mot selvinkriminering kan tilsi at EMD også burde gjøre det. Det ville vært overraskende om EF-domstolen legger større vekt på rettssikkerhetshensyn enn EMD. Uansett vil man ikke vite med sikkerhet om EMD tillegger EF-domstolens tolkning vekt før spørsmålet kommer opp i en eventuell sak.

#### 2.1.6 Den norske konkurranselovens forarbeider

Hvorvidt foretak kan påberope seg vernet mot selvinkriminering i EMK behandles i den norske konkurranselovens forarbeider.<sup>74</sup> Norske forarbeider er først og fremst en relevant rettskildefaktor i forhold til norsk rett. Konkurranselovens forarbeider vil ikke være utslagsgivende for hvordan EMK skal tolkes, men kan snarere gi uttrykk for en konvensjonsstats oppfatning av problemstillingen og sånn sett fungere som et tolkningsmoment.

Forarbeidene ble utarbeidet i forbindelse med den nye konkurranseloven som trådte i kraft i 2004 og vil ha betydning for hvordan vernet mot selvinkriminering skal tolkes i konkurransesaker. Forarbeidene er nye, noe som taler for at de vil gi et oppdatert og korrekt bilde av dagens rettstilstand.

I forarbeidene uttales det at det etter utvalgets oppfatning er usikkert om og hvor langt vernet mot selvinkriminering etter EMK gjelder for foretak. På den annen side anser uvalget det som sikkert at foretak har en beskyttelse gjennom EF-domstolens praksis. Til tross for at denne praksis ikke gir direkte veiledning i forhold til EMK, mener utvalget at det ikke kan ses bort fra EF-domstolens tilnærming, som bygger på en avveining av tilsvarende verdier som dem man finner i reflektert i EMK. Det uttales i denne forbindelse: ”EF-domstolen har omfattende konkurranserettslig praksis og vil kunne ha en viss innflytelse i forhold til hvordan EMD vil nærme seg problemet.”

---

<sup>74</sup> Se Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) punkt 9.2.2 ”Utvalgets forslag”.

Hvorvidt foretakene kan pårope seg et vern etter EMK art. 6 virker usikkert. At det henvises til NOU 2003: 15<sup>75</sup> hvor det uttales at det må legges til grunn at artikkel 6 også kan verne fysiske personer,<sup>76</sup> for deretter å henvise til en rekke dommer fra EMD som etter utvalgets mening, kan tyde på at selvinkrimineringsvernet er forbeholdt fysiske personer som kan ha en egen vilje, virker noe forvirrende.<sup>77</sup> Forarbeidene gir altså ikke noe klart svar på om foretak kan påberope seg vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6.

### 2.1.7 Oppsummering

Rettskildefaktorene som er omtalt ovenfor synes å trekke i ulike retninger og det er vanskelig å si med sikkerhet om foretak kan påberope seg vernet.

EMKs ordlyd som vil være det naturlige utgangspunkt<sup>78</sup> ved tolkningen, gir ikke noe entydig løsning og dermed vil andre rettskildefaktorer måtte spille inn. Først og fremst EMDs egen praksis må vektlegges. At EMD i Autronic AG-dommen har fastslått at ”everyone” i EMK art.10 omfatter juridiske personer, tilsier at det samme gjelder for tilsvarende uttrykk i art. 6.

Til tross for at formålsbetraktninger kan tyde på at bare fysiske personer kan påberope seg vernet, kan det ikke utelukkes at EMD vil tolke EMK art. 6 slik at også juridiske personer omfattes. Det dynamiske tolkningsprinsipp har i flere tilfeller ført til EMD har tolket rettigheter utvidende.<sup>79</sup> At EF-domstolen som har omfattende konkurranserettslig praksis, innrømmer foretakene et vern mot selvinkriminering, kan tale for at foretakene kan påberope seg vernet også etter EMK art. 6.

I denne analysen legges til grunn at foretak er vernet.

---

<sup>75</sup> Se NOU 2003: 15 punkt 5.7.3 følgende.

<sup>76</sup> Se Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) punkt 9.2.1.

<sup>77</sup> Se Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) punkt 9.2.2.

<sup>78</sup> Se Wien-konvensjonen om traktatretten art. 31.

<sup>79</sup> Jfr. blant annet Golder-dommen (EMDs dom av 21. februar 1975). Jebens behandler det dynamiske tolkningsprinsippet på s. 59.

## 2.2 Er konkurranserettslige sanksjoner straff?

### 2.2.1 Innledning

Spørsmålet som drøftes i dette kapitlet er hvorvidt sanksjonene som kan ilegges av konkurransemyndighetene ved brudd på forbudene utgjør straff i EMKs forstand.

Det fremgår av ordlyden at rettighetene etter EMK art. 6 (1) kommer til anvendelse ”in the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him”, det vil si i rent mellomprivate tvister og i det EMK anser for å være straff. Begrepet straff brukes ikke i konvensjonsteksten, men det anvendes et lignende uttrykk - ”criminal charge”. Uttrykket ”straffesiktelse” brukes i den norske oversettelsen.

Dette betyr, i følge Ravlo, at den alminnelige kontrollfunksjon som utføres av forvaltningsorganer, som utgangspunktet ikke rammes.<sup>80</sup> Det samme forutsettes av Eriksen, han mener at dette er viktig, fordi enhver annen løsning ville få dramatiske og helt uakseptable konsekvenser.<sup>81</sup> Etter EMDs praksis faller imidlertid visse former for sanksjonsanvendelse innunder EMK art. 6, selv om de ikke etter nasjonal lovgivning hører innunder strafferettspleien.<sup>82</sup> Spørsmålet blir hvordan dette stiller seg på konkurranserettens område, som jo er en form for forvaltningsrett.

Med hensyn til hva som ligger i begrepet ”criminal charge” har EMD slått fast at dette begrepet skal fortolkes autonomt, dvs. begrepet står på egne ben og har ikke nødvendigvis samme betydning som det har i nasjonale rettssystemer.<sup>83</sup> Dersom nasjonal rett imidlertid klassifiserer reaksjonen som straff, vil reaksjonen også automatisk anses som straff i forhold til EMK art. 6 (”enveis-autonomi”).<sup>84</sup> Det vil si at det ikke er avgjørende hva vedkommende konvensjonsstat kaller reaksjonen.<sup>85</sup> På dette viset er det mulig å oppnå en ensartet tilnærming innen Europa og hindre stater i å definere seg vekk fra

---

<sup>80</sup> Se Line Ravlo s. 353.

<sup>81</sup> Se Morten Eriksen s. 103.

<sup>82</sup> Se Hasselgaard m. fl. s. 129.

<sup>83</sup> Se Møse s. 101.

<sup>84</sup> Se Harris m. fl. s. 167.

<sup>85</sup> Se Andenæs s. 17.

konvensjonsmessige ansvar ved å kategorisere overtredelsene som disiplinære, administrative eller sivile saker.<sup>86</sup>

EMD har utviklet følgende tre kriterier som er relevante ved vurderingen av hva som er straff i EMKs forstand – den nasjonale rubriseringen, handlingens karakter og alvor og reaksjonens karakter og alvor.<sup>87</sup> I saker der reaksjonen ikke er rubrisert som straff i nasjonal rett, vil de to andre kriteriene spille inn.<sup>88</sup> Samtidig vil totalvurderinger ha betydning ved bedømmelsen av om reaksjonen er å anse som straff i EMD forstand.<sup>89</sup>

I det følgende vil det på bakgrunn av en totalvurdering og de tre kriteriene, vurderes hvorvidt sanksjoner som ilegges av konkurransemyndighetene er å anse som straff i EMKs forstand. Deretter tas det stilling til når et foretak er siktet i EMKs forstand.

### 2.2.2 Den nasjonale rubriseringen

”Criminal charge” er som nevnt et autonomt begrep.<sup>90</sup> I Engel m. fl. mot Nederland<sup>91</sup> fastslo EMD at statene fritt kan bestemme hvilke handlinger som skal være straffbare, men de kan ikke komme utenom kravene i art. 6 ved å karakterisere dem som en annen sanksjonsform. Engel-saken gjaldt ulike typer militær refselse som etter nederlandsk rett ble ansett som disiplinærtiltak.

---

<sup>86</sup> Se Ovey & White s. 141.

<sup>87</sup> Se blant annet Engel mfl. mot Nederland (EMDs dom av 8. juni 1974). Disse uttrykkene på kriteriene brukes av Ravlo, se s. 336. Kriteriene kan uttrykkes på flere måter. Møse bruker internrettslig klassifisering, handlingens art og sanksjonens strenghet, se s. 308 flg. Aall bruker nasjonal rubrisering, forholdets og normens karakter og reaksjonens karakter og alvor, se s. 116 flg. Jeg synes Ravlos måte å uttrykke kriteriene på gir det klareste bilde av hva kriteriene innebærer og har derfor valgt å bruke dem.

<sup>88</sup> Se Harris s. 167.

<sup>89</sup> Dette fremgår av Andenæs’ artikkel, s. 15 flg.

<sup>90</sup> Dette fastslås også i Funke-dommen para. 44 : ”within the autonomous meaning of this expression in Article 6”.

<sup>91</sup> Se Engel mfl. mot Nederland (EMDs dom av 8. juni 1974).



Det blir etter EMK bare et utgangspunkt om handlingen etter nasjonal rett er ansett som strafferettslig, en nasjonal rubrisering kan tillegges betydning, men vil ikke være avgjørende. Jeg vil her undersøke hvordan de konkurranserettslige sanksjonene er rubrisert i norsk rett. Samtidig vil jeg sammenligne dette med hvordan sanksjonene er rubrisert innen EU-retten. EU-retten gir ikke et uttrykk for en nasjonal rubrisering, men som nevnt tidligere, er sanksjonssystemet som lovgiverne har valgt i den nye konkurranseloven inspirert av sanksjonssystemet som allerede fantes på EU-rettens område.<sup>92</sup> Derfor vil EU-rettens regler være relevante for hvordan de norske reglene er å forstå. Av denne grunn vil også den EU-rettslige rubreringen behandles.

Ved forsettlig eller uaktsomme overtredelser av konkurranselovens forbud, påbud og avgjørelser truffet i medhold av denne, kan Konkurransetilsynet ilegge overtredelsesgebyr, jfr. § 29. Overtredelsesgebyr er et nytt sivilrettslig sanksjonsmiddel som ble innført med konkurranseloven av 2004 og kan kun ilegges foretak. Innen norsk konkurranserett skilles det mellom de sivilrettslige bøtene (overtredelsesgebyrene) som vedtas av Konkurransetilsynet og sanksjoner som norske lovgivere uttrykkelig betegner som ”straff”, jfr. § 30.<sup>93</sup> At de norske lovgiverne har valgt å klassifisere den nye sanksjonsformen som overtredelsesgebyrer og ikke bøter slik som det gjøres på EU-rettens område, kan tyde på at de ønsker å sette et klart skille i forhold til strafferettslige bøter.

Terminologien ble drøftet i konkurranselovens forarbeider. Konkurranselovutvalget pekte på at begrepet ”bøter” har klare paralleller til strafferetten og uttalte videre følgende: ”At det er store forskjeller mellom det sivilrettslige sanksjonsmidlet og den strafferettslige boten, kan tale for at man velger en annen terminologi enn ”bøter” for det sivilrettslige

---

<sup>92</sup> Se Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) punkt 8.2.2.

<sup>93</sup> I henhold til krrl. § 30 er det ikke adgang til å straffe noen ved brudd på krrl. § 11 (utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling), men forsettlig eller uaktsomme overtredelser av krrl. § 10 (konkurransbegrensende avtaler mellom foretak) kan straffes med bøter eller fengsel inntil 3 år og under særdeles skjerpende omstendigheter kan fengsel inntil 6 år anvendes. Fysiske personer kan i henhold til norsk rett, kun ilegges bøter etter de straffeprosessuelle reglene. I denne analysen er det imidlertid de sivilrettslige bøtene som er tema.

sanksjonsmidlet.” Konkurranselovutvalget mente imidlertid at hensynet til mest mulig likhet med EU/EØS-reglene taler for at man kun benytter betegnelsen ”bøter” og foreslo på denne bakgrunn at betegnelsen ”bøter” benyttes.<sup>94</sup> Departementet foreslo på sin side at betegnelsen ”overtredelsegebyr” brukes da dette var i samsvar med departementets oppfatning om at overtredelsesgebyr ikke er straff etter Grunnloven § 96.<sup>95</sup> Som nevnt, har betegnelsen ”overtredelsesgebyr” blitt brukt i konkurranseloven. Det som uttales i forarbeidene kan tale for til at denne betegnelsen ble brukt for å markere at det ikke er snakk om strafferettslige bøter.

Ved brudd på de EF-traktatens konkurranseregler ilegges det ”bøter” i henhold til rådsforordning 1/2003 art. 23. Her er det her snakk om den samme type sanksjon som lovgiverne har valgt å kalle ”overtredelsesgebyr” i norsk rett. I motsetning til hva som gjelder etter den norske konkurranseloven, inneholder ikke rådsforordning 1/2003 noen egen bestemmelse om straff. ”Bøter” i rådsforordning art. 23s forstand er ikke det samme som det vi legger i uttrykket ”bøter” innen norsk strafferett.<sup>96</sup> ”Bøter” i rådsforordning 1/2003 ilegges av Kommisjonen som er et forvaltningsorgan. I denne forbindelse er det ikke snakk om en strafferettslig, men en sivilrettslig sanksjon.

At sanksjonsformen ”bøter” ikke er ment å være en strafferettslig sanksjon fremgår både av EU-rettslig lovgivning og praksis fra EF-domstolen. Rådsforordning 1/2003 fastslår uttrykkelig i art. 23 (5) at bøkene ilagt i medhold av bestemmelsen ”shall not be of criminal law nature”. I Orkem-saken uttaler EF-domstolen at undersøkelser på konkurranserettens område ikke utgjør en straffesak.<sup>97</sup>

Konkurranselovutvalgets innstilling til konkurranseloven av 5. mars 2004 kan gi en forklaring på valg av sanksjonsformen:

---

<sup>94</sup> Se NOU 2002: 12 Ny Konkurranselov, punkt 6.4.1 ”Terminologi”.

<sup>95</sup> Se Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) punkt 8.3.3.

<sup>96</sup> Se straffeloven § 15.

<sup>97</sup> Se Orkem mot Kommisjonen (EF-domstolens dom av 18. oktober 1989 i sak 374/87 punkt 31).

”Erfaringene med dagens reaksjonssystem både når det gjelder antallet saker og den straff som er blitt benyttet, tilsier at det tradisjonelle straffesystemet ikke virker effektivt nok i forhold til overtredelser av konkurranselover. For å få til en effektiv sanksjonering av foretak bør dette skje innenfor rammene av et nytt institutt for sivilrettslige bøter, hvor man kan koble seg på utviklingen og sanksjonsnivået innenfor EU/EØS og andre europeiske land som går i samme retning.”<sup>98</sup>

Det kan virke som om formålet med den nye sanksjonsformen er å unngå den tradisjonelle straffeprosessen. Den beskyttelse som EMK er ment å gi for siktede i straffesaker ville kun være et slag i luften dersom statene ut fra hensiktsmessighet kunne legge et område ut til forvaltningen og dermed fjerne beskyttelsen. Til tross for at norsk rett ikke klassifiserer overtredelsesgebyr som straff, kan dette ikke være utslagsgivende i forhold til EMK både ut fra slik art. 6 tolkes og en generell effektivitets-/formålstolkning. EMDs praksis har vist at myndighetene ikke kan komme unna kravene som stilles i EMK art. 6 ved å kalle sanksjonene noe annet enn straff.<sup>99</sup>

### 2.2.3 Handlingens karakter og alvor

Med handlingens karakter siktes det til om normen retter seg mot handlinger som kan begås av enhver, eller mot en spesiell gruppe.<sup>100</sup> At enhver som utfører en bestemt handling rammes av straffebudet, er karakteristisk for strafferettslige regler. Özturk mot Tyskland<sup>101</sup> er illustrerende for hva EMD legger i kriteriet. Spørsmålet i saken var hvorvidt en person som var ilagt en bot på grunn av en trafikkforseelse var berettiget full beskyttelse på bakgrunn av rettighetene som oppstilles i EMK art. 6. EMD kom til at EMK art. 6 var anvendelig. Handlingens karakter var det avgjørende kriterium. I Özturk-saken ble det lagt vekt på at reglene rettet seg mot alle som benyttet veiene, ikke bare en bestemt gruppe. Det

---

<sup>98</sup> Se NOU 2002: 12 Ny Konkurranselov, s. 127.

<sup>99</sup> Se blant annet Engel m. fl. mot Nederland (EMDs dom av 8. juni 1976) og Özturk mot Tyskland (EMDs dom av 21. februar 1984).

<sup>100</sup> Se Møse s. 308.

<sup>101</sup> Se Özturk mot Tyskland (EMDs dom av 21. februar 1984).

uttales følgende i dommen: ”It is a rule that is directed, not towards a given group possessing a special status – in the manner, for example, of disciplinary law -, but towards all citizens in their capacity as road-users..”.<sup>102</sup> Dersom dette argumentet overføres til konkurranserettens område, kan det tale for at EMD kommer til anvendelse i og med at konkurransereglene retter seg på et generelt grunnlag mot ethvert foretak.

I sin begrunnelse for resultatet viste i tillegg EMD til at formålet med regelen var at den skulle virke både avskrekkende og avstraffende og dette var tilstrekkelig til å vise sakens strafferettslige karakter.<sup>103</sup> Formålet med konkurransereglene må også sies å være at de skal ha en preventiv virkning.<sup>104</sup> Forbudene og reaksjonene som følger ved overtredelse av dem, skal virke som et avskrekkingsmiddel for foretak som for eksempel vurderer å inngå en avtale som vil virke konkurransebegrensende. Også dette momentet taler således for at EMK art. 6 vil være anvendelig.

Handlingens alvor kan på den annen side tilsi at det EMK art. 6 ikke vil være anvendelig. Riktignok vil konkurranserettsstridig atferd kunne skade den økonomiske situasjonen til forbrukerne og til de andre aktørene i markedet, men sammenlignet med lovbrudd som klart vil være strafferettslig for eksempel drap eller voldtekt, vil de konkurranserettslige overtredelsene ikke virke like alvorlige.

#### 2.2.4 Reaksjonens karakter og alvor

Dette kriteriet er etter praksis kanskje det viktigste kriterium på om det foreligger en strafferettslig anklage. Det er for det første spørsmål om hva reaksjonen består i: Om det gjelder en frihetsberøvelse, en økonomisk reaksjon, eller andre typer rettsfølger.<sup>105</sup> Overfor den som sanksjonen rettes mot vil selvsagt de strengeste formene for reaksjon virker mest inngripende. At reaksjonen virker inngripende kan tilsi at vedkommende burde innrømmes rettighetene i EMK art. 6. De alvorligste straffene vil klart nok i seg selv bringe EMK art. 6 til anvendelse, dette er for eksempel ikke omtvistet i praksis i forhold til langvarig fengsel.

---

<sup>102</sup> Se Özturk mot Tyskland (EMDs dom av 21. februar 1984 punkt 53).

<sup>103</sup> Se Ovey & White s. 141.

<sup>104</sup> Se Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) punkt 8.3.1 samt Wils s. 580 og Jones s. 1086.

<sup>105</sup> Se Aall s. 120.

I forhold til bøter kan det være tvil om reaksjonen har et slikt alvor at den blir å regne som ”criminal” i art. 6s forstand.<sup>106</sup>

På konkurranserettens område vil foretakene ved overtredelse av forbudene bli møtt med økonomiske reaksjoner. Økonomiske reaksjoner i straffeøyemed (bøter) bringer som hovedregel art. 6 til anvendelse,<sup>107</sup> men i forhold til bøter vil lette reaksjoner kunne by på tvil.<sup>108</sup> EU-kommisjonen har imidlertid ilagt svært høye bøter, særlig i de siste årene, for misbruk av dominerende stilling, for deltagelse i ”hardcore” karteller og for vertikale avtaler om eksportforbud. En av de høyeste bøkene i en enkeltsak - 273 millioner Euro mot partene i ”the Trans-Atlantic Conference Agreement” – ble ilagt for et brudd på EF-traktatens art. 81 og 82. For store foretak med store økonomiske ressurser vil denne sanksjonsformen ikke virke spesielt inngripende, for mindre foretak med en mer begrenset bæreevne vil det imidlertid stille seg annerledes.

I Kommisjonens retningslinjer for beregning av bøter fremheves en rekke faktorer som vil bli tillagt vekt i forbindelse med fastsettelsen av en bot. Overtredelser kvalifiseres i tre kategorier: lite alvorlige, alvorlige og meget alvorlige overtredelser.<sup>109</sup> Foretak som begår meget alvorlige overtredelser vil bli pålagt bøter på 20 millioner Euro og oppover. I tillegg vil varigheten av overtredelsen ha betydning. Dersom det foreligger skjerpende omstendigheter som gjentakelse av overtredelser av samme art, vil dette gi anledning til en ytterligere forhøyelse av bøkene.

Også i Norge har vi opplevd at Konkurransetilsynet den siste tiden har fulgt Kommisjonens praksis ved å ilegge høye bøter. Som eksempel kan de vises til at Konkurransetilsynet ila SAS et overtredelsesgebyr på 20 millioner kroner for konkurranseskadelig underprising på

---

<sup>106</sup> Se Aall s. 121.

<sup>107</sup> Se Bendenoun mot Frankrike (EMDs dom av 24. februar 1994). Her dreide det seg om tilleggsskatt i størrelsesorden en halv million franske francs.

<sup>108</sup> Se Aall s. 123.

<sup>109</sup> Se Guidelines on the Method of Setting Fines Imposed Pursuant to Article 15(2) of Regulation No 17 and Article 65(3) of the ECSC Treaty.

ruten Oslo-Haugesund.<sup>110</sup> Det følger av forarbeidene til konkurranse-loven at nivået på gebyrene skal følge det høye bøtenivået i konkurransesaker i EU.<sup>111</sup>

Det faktum at bøkene kan komme opp i så høye beløp, kan medføre svært alvorlige konsekvenser for foretakene dersom konkurransemyndighetene kommer til at det foreligger en overtredelse av konkurranse-regelene. Særlig for foretak med begrensede ressurser vil dette virke innvirkende. Dette er et argument for at de krav som EMK art. 6 stiller til saksbehandling, herunder vernet mot selvinkriminering, kan få anvendelse i konkurransesaker.

Société Stenuit mot Frankrike<sup>112</sup> kan tilsi at Europa-kommisjonens konkurranse-rettslige prosesser er av ”criminal” karakter.<sup>113</sup> I denne saken kom Den europeiske meskerettighetskommisjon<sup>114</sup> enstemmig frem til at et fransk foretak som var bøkelt på grunn av sine konkurransebegrensende handlinger, sto overfor en ”criminal charge” i EMKs art. 6s betydning. At foretakene etter fransk rett kunne ilegges bøter på opptil 5 % av foretakenes årlige omsetning påvirket det resultat Strasbourg-kommisjonen kom til. For overtredelse av EF-traktatens art. 81 eller 82 kan Kommisjonen ilegge foretakene bøter på opptil 10 % av summen av den samlede omsetning.<sup>115</sup> Forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr § 2 gir konkurransetilsynet mulighet til å gi et foretak et overtredelsesgebyr på opptil 10 % av foretakets omsetning – altså i samsvar med EUs regelverk for konkurransesaker.

I konkurransesaker på EU-rettens område og innen norsk rett kan foretakene altså ilegges enda høyere bøter enn det som fulgte av fransk rett. Bøkene som Kommisjonen og

---

<sup>110</sup> Se Konkurransetilsynets avgjørelse av 6. juni 2005 (V2005-9).

<sup>111</sup> Se NOU 2003: 12, punkt 6.3.2 ”Behovet for reformer av dagens sanksjonssystem”.

<sup>112</sup> Rapport av 30. mai 1991, Kommisjonens ”opinion” er vedlagt i EMDs avgjørelse av 27. februar 1992, A/232-A (1992). Saken ble aldri avgjort av EMD da klageren og de franske myndighetene kom frem til et forlik. Selv om en slik ”opinion” ikke har samme rettskildemessig vekt som en rettslig bindende dom, er den interessant.

<sup>113</sup> Se Betten og Grief s.102.

<sup>114</sup> Kommisjonen ble nedlagt ved reformen av tilsynsorganene som trådte i kraft 1. november 1998.

<sup>115</sup> Se rådsforordning art. 23 (2) a).

Konkurransetilsynet ilegger foretakene kan bli av betydelig størrelse, de kan som vi har sett, komme helt opp i flere millioner Euro eller kroner.

Ut fra angitte betraktningene særlig med hensyn til de høye bøtene, legges det til grunn at sanksjonene som konkurransemyndighetene kan ilegge foretakene er å anse som straff i EMK art. 6s forstand, dette til tross for at sanksjonene verken etter den norske konkurranseloven eller lovgivning på EU-rettens område, karakteriseres som straff.

### 2.2.5 Når er foretaket "siktet"?

For at EMK art. 6 (1) skal komme til anvendelse, må det foreligge en straffesiktelse ("criminal charge").<sup>116</sup> Det følger av ordlyden at beskyttelsen inntreffer fra det tidspunkt det foreligger en straffesiktelse. Det blir altså avgjørende å finne dette skjæringspunktet. Her skal det vurderes når et foretak kan anses siktet slik at det kan påberope seg vernet mot selvinkriminering.

For å kunne utlede noe nærmere om hva som ligger i uttrykket, vil nok en gang EMDs praksis være den grunnleggende kilden. EMD har en rekke ganger behandlet spørsmålet om hvordan uttrykket skal tolkes. Til tross for at ingen av disse dommene gjaldt tidspunktet for når et foretak i forbindelse med en konkurransesak anses som straffesiktet og dermed kan påberope seg vernet mot selvinkriminering, gir EMDs praksis gode retningslinjer som kan overføres til vår problemstilling.

I likhet med uttrykket "criminal", skal uttrykket "charge" tolkes autonomt. Dette ble først fastslått av EMD i *Deweere mot Belgia*.<sup>117</sup> Utrykket "charge" i EMK art. 6 (1) innebærer den offisielle underretning til individet om at det gjøres gjeldende at han har begått en straffbar handling.<sup>118</sup> I *Eckle mot Tyskland* ble synspunktet presisert slik at det også kan

---

<sup>116</sup> Jeg nevner for oversiktens del at i norsk rett er utgangspunktet i forhold til når noen er "criminal charge" når noen får status som siktet i henhold til lov av 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (strpl.) § 82.

<sup>117</sup> Se *Deweere mot Belgia* (EMDs dom av 27. februar 1980).

<sup>118</sup> Se *Deweere mot Belgia* (EMDs dom av 27. februar 1980 punkt 41-47).

være truffet andre tiltak som har tilsvarende konsekvenser, og som berører mistenktes situasjon på samme måte som en formell siktelse.<sup>119</sup> Straffesiktelse foreligger altså når vedkommende får ”official notification given to an individual by competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence” eller når det gjennomføres tiltak “which likewise substantially affects the situation of the subject”.<sup>120</sup>

Rettighetene vil først og fremst utløses av at det reises straffesak, men også der kompetent forvaltningsorgan innleder en sak om sanksjon som er straff i konvensjonens forstand, må det anses å foreligge en siktelese. For konkurransesakers del vil dette tidspunktet være når konkurransemyndighetene som er det kompetente forvaltningsorgan, meddeler foretaket at det gjøres gjeldende at det har overtrådt et av forbudene i konkurranselovgivningen. Som nevnt ovenfor, vil sanksjonene (dvs. overtredelsesgebyrene etter krrrl. § 29 og bøtene etter Rfo. 1/2003 art. 23) trolig måtte karakteriseres som straff i konvensjonens forstand. Etter at foretakene har mottatt et slikt varsel, vil det altså anses som straffesiktet. På dette tidspunktet inntreer vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6 og konkurransemyndighetene kan ikke lenger tvinge frem inkriminerende bevismateriale fra foretakene uten å krenke konvensjonen.

Det finnes flere eksempler på at Konkurransetilsynet varsler et foretak om vedtak og i den forbindelse gir foretaket anledning til å uttale seg. Blant annet varslet Konkurransetilsynet 8. desember 2004 flyselskapet SAS Braathens om at det var aktuelt å ilegge overtredelsesgebyr for brudd på forbudet mot misbruk av dominerende stilling på ruten mellom Oslo og Haugesund. I et varsel av 19. september 2005 fikk TINE beskjed om at Konkurransetilsynet vurderer å ilegge foretaket et overtredelsesgebyr på inntil 45 millioner kroner. På dette tidspunktet viser Konkurransetilsynet til hva dets etterforskning allerede har vist.<sup>121</sup>

Dersom foretakene er avhengig av å vente på et varsel fra konkurransemyndighetene for å anses som siktet og foretaket ikke mottar det før store deler av etterforskningen allerede er utført, vil vernet etter EMK ikke virke særlig effektivt. Med at store deler av

---

<sup>119</sup> Se Eckle mot Tyskland (EMDs dom av 15. juli 1982 punkt 73).

<sup>120</sup> Se Corigliano mot Italia (EMDs dom av 10. desember 1982 punkt 34).

<sup>121</sup> Se Konkurransetilsynets nettside ([www.konkurransetilsynet.no](http://www.konkurransetilsynet.no)) under ”Aktuelt”.



etterforskningen er utført mener jeg tilfeller der konkurransemyndighetene for eksempel har pålagt foretakene å forklare seg eller at konkurransemyndighetene har foretatt bevissikring, i motsetning til hvor de kun har arbeidet med saken på egenhånd. Dersom rettighetene først utløses når foretakene mottar et formelt varsel, vil konkurransemyndigheten kunne innhente bevis forut for dette tidspunktet uten at vernet mot selvinkriminering kommer til anvendelse.

I Deweer-saken ble en slakter ansett som siktet da han ble varslet om at butikken ville bli stengt dersom han ikke inngikk forlik ved å betale et beløp. Slakteren var ikke fengslet og det var ikke utferdiget noen offisiell meddelelse om forfølgning, men EMD uttalte at uttrykket måtte forstås materielt, ikke formelt. "Charge" skal gis en "substantive" og ikke en "formal" betydning, så det er nødvendig "to look behind the appearances and investigate the realities of the procedure in question".<sup>122</sup>

På bakgrunn av det som er uttales i Deweer, er muligens en meddelelse som gis tidligere i saken, for eksempel som forklaring på hvorfor representanter for foretaket må besvare spørsmål, tilstrekkelig til at foretaket anses siktet til tross for at et formelt varsel ikke er gitt foretaket.

Som nevnt, kan det foreligge en straffesiktelse i EMKs forstand, før vedkommende får offisiell meddelelse fra kompetent myndighet, dersom vedkommende på tilsvarende måte er "substantially affected".<sup>123</sup> I praksis har en person blitt ansett som siktet da han hadde "officially learnt of the investigation or begun to be affected by it"<sup>124</sup> og på det tidspunktet myndighetene krever at en person skal produsere bevis og "fryse" sin bankkonto.<sup>125</sup>

Vurderingene som fremkommer av EMDs praksis kan tale for at foretakene vil anses som siktet allerede fra det tidspunkt konkurransemyndighetene krever at de produserer bevis, jfr. Funke. I en slik situasjon vil foretakene ha "begun to be affected" av etterforskningen, jfr. Eckle. Spørsmålet er om foretakene er "substantially affected" ved at de tvinges til å

---

<sup>122</sup> Se Deweer mot Belgia (EMDs dom av 27. februar 1980 punkt 42).

<sup>123</sup> Se for eksempel Corigliano mot Italia (EMDs dom av 10. desember 1982).

<sup>124</sup> Se Eckle mot Tyskland (EMDs dom av 15. juli 1982 punkt 74).

<sup>125</sup> Se Funke mot Frankrike (EMDs dom av 5. februar 1993).

produsere bevis, for eksempel ved å svare på spørsmål eller utlevere dokumenter.<sup>126</sup> I konkurransesaker kan konkurransemyndighetene i tillegg foreta såkalte ”dawn raids”.<sup>127</sup> Konkurransemyndighetene dukker da opp uanmeldt for å foreta kontroller. Det virker etter min mening sannsynlig at ”dawn raids” vil utløse beskyttelsen i EMK art. 6 siden dette virker svært inngripende overfor foretaket som undersøkes. Etter krrl. § 25 a) kan Konkurransetilsynet få adgang til lokaler, eiendommer, transportmidler og andre oppbevaringssteder. Dersom det er ”særlig grunn” til å anta at bevis oppbevares der, kan de til og med få adgang til bolig, jfr. krrl. § 25 b). Denne bestemmelsen kan virke problematisk i forhold til EMK art. 8 som beskytter retten til respekt for privatliv og familieliv. At EMD i april 2002 kom til at EMK art. 8 også beskytter et foretaks lokaler mot vilkårlige undersøkelser, kan reise spørsmål om ikke konkurransemyndighetenes fullmakter etter krrl. § 25 a) er for vidtgående i forhold til EMK art. 8.<sup>128</sup> Et ”dawn-raid” vil kunne lamme driften i foretaket. Etter krrl. § 25 c) og d) kan konkurransemyndighetene ta med seg ting og forsegle forretningslokaler, bøker eller forretningspapirer så lenge undersøkelsen varer og dette anses nødvendig.<sup>129</sup> Situasjoner hvor foretakene kun tvinges til å produsere bevis virker muligens ikke like inngripende. På den annen side kan foretakene i disse situasjonene tvinges til å produsere bevis som direkte kan føre til at foretaket ilegges betydelige bøter, noe som kan tilsi at de er ”substantially affected”. I lys av dette må etter min mening, foretakene anses som siktet slik at vernet mot selvinkriminering inntreffer, allerede på det tidspunktet konkurransemyndighetene krever opplysninger. Dette stiller seg trolig annerledes dersom formålet med et forvaltningsorgans undersøkelser ikke er – formelt eller reelt – å avgjøre en straffesiktelse. I slike tilfelle utløses trolig rettighetene herunder vernet mot selvinkriminering, på et senere tidspunkt. EMD har lagt betydelig vekt på hensyn å ikke å hindre forvaltningens arbeid med for eksempel effektivt å gjennomføre nødvendige reguleringer. De grunnleggende dommer er Fayed mot

---

<sup>126</sup> Jfr. krrl. § 24 og Rfo. art. 18.

<sup>127</sup> Jfr. krrl. § 25 og Rfo. art. 20.

<sup>128</sup> Se *Société-Colas Est m. fl. mot Frankrike* (EMDs dom av 16. april 2002).

<sup>129</sup> Se Rfo. art. 20 og 21 for reglene om kontrollundersøkelser på EU-rettens område.

Storbritannia og Saunders mot Storbritannia.<sup>130</sup> I disse sakene skulle imidlertid ikke inspektørene selv avgjøre noen straffesiktelse og formålet med undersøkelsene var å tilrettelegge saken for andre forvaltingsorganer, i tillegg til mulig straffeforfølgning.<sup>131</sup> I konkurransesakene foretar konkurransemyndighetene undersøkelser for så selv å ilegge straff i EMKs forstand dersom de kommer frem til at foretakene har handlet i strid med konkurransereglene. Dette tilsier at vernet mot selvinkriminering får anvendelse i disse sakene.

### 2.3 Oppsummering

På bakgrunn av drøftelsene i ovenfor, virker det etter min mening klart at vernet mot selvinkriminering slik det er innfortolket i EMK art. 6 kommer til anvendelse overfor foretak som etterforskes av konkurransemyndighetene. Samtidig taler argumentene i drøftelsen for at overtredelsesgebyrene og bøtene som henholdsvis Konkurransetilsynet og Kommisjonen kan ilegge er straff slik dette er definert i EMK. Som følge av dette vil konkurransemyndighetene måtte respektere vernet mot selvinkriminering EMK art. 6. Jeg går dermed over til å drøfte vernet mot selvinkriminerings innhold.

---

<sup>130</sup> Se henholdsvis EMDs dom av 21. september 1994 og EMDs dom av 17. desember 1996.

<sup>131</sup> På den annen side viser Saunders-dommen at det i senere straffesak er begrensninger av bruken av forklaringer som er fremtvunget i strid med vedkommendes vilje.

### 3 Hvor omfattende er vernet?

#### 3.1 Innledning

I denne delen av analysen tar jeg sikte på å klarlegge rekkevidden av vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6. Siden vernet mot selvinkriminering ikke kan leses ut av konvensjonsteksten, kan det ikke utledes noe om vernets rekkevidde på bakgrunn av EMK art. 6s ordlyd. EMD har ikke direkte behandlet vernet mot selvinkriminering i forhold til konkurransemyndighetenes innhenting av bevis. Det foreligger imidlertid en rekke dommer om vernet mot selvinkriminering i forbindelse med andre type saker. EMDs argumenter vil kunne overføres til konkurransesaker og jeg vil på dette viset forsøke å utlede noe om hvilken betydning vernet mot selvinkriminering har ved konkurransemyndighetenes av bevis. I tillegg vil andre rettskilder enkelte ganger trekkes inn i drøftelsen. Særlig formålsbetraktninger og til en viss grad også EF-domstolens praksis, vil kunne være momenter som kan tillegges vekt ved tolkingen av vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6 i forbindelse med konkurransemyndighetenes innhenting av bevis.

#### 3.2 Er vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6 absolutt eller relativt?

Retten til en rettfærdig rettergang innebærer at de mistenkte har rett til ”remain silent and not to contribute to incriminating himself”.<sup>132</sup> Retten er imidlertid ikke absolutt.<sup>133</sup> Dette kan utledes av John Murray mot Storbritannia<sup>134</sup> der EMD kommer til at EMK art. 6 ikke var krenket ved at det ble trukket ugunstige slutninger fra den anklagedes taushet. Klageren var pågrepet i et hus i Belfast hvor politiet reddet en person som ble holdt som fange etter å ha blitt kidnappet av IRA. Klageren ble dømt for medvirkning til frihetsberøvelse. Murray hadde nektet å forklare seg både overfor politiet og under rettsaken mot ham.

---

<sup>132</sup> Se Funke mot Frankrike (EMDs dom av 25. februar 1993 punkt 22).

<sup>133</sup> Se John Murray mot Storbritannia (EMDs dom av 8. februar 1996) og van Dijk s. 436.

<sup>134</sup> Se John Murray mot Storbritannia (EMDs dom av 8. februar 1996).

I denne saken konkluderte EMD at det ikke forelå krenkelse av vernet mot selvinkriminering i henhold til EMK art. 6. Det ble ansett som et utslag av sunn fornuft at man trakk slutninger fra at han ikke forklarte seg ettersom det forelå betydelige beviser mot ham<sup>135</sup>.

EMD uttalte følgende om hvorvidt retten til taushet er absolutt:

”On the one hand, it is self-evident that it is incompatible with the immunities under consideration to base a conviction solely or mainly on the accused’s silence or on refusal to answer questions or to give evidence himself. On the other hand, the court deems it equally obvious that these immunities cannot and should not prevent that the accused’s silence, in situations which clearly call for an explanation from him, be taken into account in assessing the persuasiveness of the evidence adduced by the prosecution.”<sup>136</sup>

På bakgrunn av konvensjonens formål kan det imidlertid virke betenkelig at EMD har kommet til at vernet mot selvinkriminering ikke er absolutt. Konvensjonens preambel (5. setning) fastslår at ”the rule of law”-prinsippet skal ivaretas. Dersom det noen ganger kan trekkes slutninger fra den mistenktes taushet, mens det andre ganger vil krenke vernet mot selvinkriminering å gjøre det, kan dette medføre en svekkelse av rettssikkerheten. Det kan være vanskelig å forutberegne i hvilke situasjoner mistenkte faktisk har en rett til å forholde seg uten at det trekkes slutninger fra tausheten. Betingelsene for når det kan gjøres unntak fra vernet virker ikke særlig klare. At det i visse situasjoner trekkes slutninger i mistenktes disfavør kan derfor etter min mening, medføre vilkårlighet fra myndighetenes side.

Det er interessant å merke seg at det som følge av John Murray-dommen, gis en viss adgang til å trekke slutninger i mistenktes disfavør dersom vedkommende forholder seg taus. Det er samtidig vanskelig å si noe om relevansen av denne dommen i forhold til

---

<sup>135</sup> John Murray mot Storbritannia (EMDs dom av 8. februar 1996 punkt 41-58).

<sup>136</sup> John Murray mot Storbritannia (EMDs dom av 8. februar 1996 punkt 47).

analysens tema. I straffesaken mot John Murray var graden av tvang moderat ettersom klageren ikke ble utsatt for reaksjoner som følge av sin taushet.<sup>137</sup> I denne saken var spørsmålet om det utgjorde en utilbørlig tvang når siktede på forhånd fikk beskjed om at det under visse omstendigheter kunne tale mot ham at han forholdt seg taus.<sup>138</sup> Forholdene rundt konkurransemyndighetenes innhenting av bevis stiller seg annerledes. For det første foreligger det en plikt til å forklare seg til konkurransemyndighetene.<sup>139</sup> I tillegg kan foretakene ilegges sanksjoner dersom de ikke samarbeider.<sup>140</sup> Dette medfører at foretakene i høy grad tvinges til å frembringe de bevisene konkurransemyndighetene etterspør. Foretakene vil dermed sjelden i praksis ha noen mulighet til å forholde seg tause. Som følge av dette vil det heller ikke særlig ofte oppstå situasjoner hvor det kan bli aktuelt å trekke slutninger fra et foretaks taushet.

---

<sup>137</sup> Se Møse s. 347.

<sup>138</sup> Se Ravlo s. 349.

<sup>139</sup> Jfr. krrl. § 24 og rådsforordning art. 18.

<sup>140</sup> Jfr. krrl. §§ 28 og 29 og rådsforordning art. 23 og 24.

### 3.3 Hvilke innhentingsmetoder rammes av vernet mot selvinkriminering?

Dersom bevis er fremlagt frivillig, strider dette ikke mot selvinkrimineringsvernet. Det sentrale er bruken av tvang. Dette momentet kan også ha betydning for om vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6 overhodet kommer til anvendelse, jeg har imidlertid valgt å behandle det i tilknytning til hvor omfattende dette vernet er.

Når bruken av tvang kombineres med påvirkning av en persons vilje befinner en seg i kjernen av vernet mot selvinkriminering.<sup>141</sup> Av denne grunn kom EMD i Funkesaken<sup>142</sup> til at det var det i strid med vernet mot selvinkriminering å benytte bøteleggelse for å få Funke til å frembringe beviser som han (trolig) hadde adgang til. Franske myndigheter hadde mistanke om at Funke hadde overtrådt bestemmelser om blant annet valutalovgivning. Som følge av mistanken foretok myndighetene husundersøkelse hos Funke og beslagla dokumenter. Deretter påla myndighetene Funke å fremlegge ytterligere dokumenter som de mente at eksisterte, uten å vite det med sikkerhet. Funke nektet. Myndighetene innbrakte kravet for retten som utferdiget et pålegg om å utlevere bankutskrifter samtidig som Funke ble ilagt dagbøter for hver dag han opprettholdt nektelsen.

Det er vernet mot *tvungen aktiv* medvirkning til egen domfellelse Funkeavgjørelsen og Saunders-avgjørelsen slår fast, og uavhengig av hvilken offentlig myndighet som opptrer – politi/påtalemyndighet eller en annen kontrollmyndighet.<sup>143</sup> EMD uttaler i sin konklusjon i Funke-saken at myndighetene ”attempted to compel the applicant himself to provide the evidence of offences he had allegedly committed”.<sup>144</sup> Også Saunders-saken belyser at det er kun er når bevis innhentes ved tvang at vernet mot selvinkriminering krenkes. Hovedtemaet her var bruk av forklaringer til forvaltningsmyndighet i senere straffesaker. Saunders som var direktør i bryggeriet Guinness PLC. Dette selskapet lyktes i å kjøpe opp et annet firma,

---

<sup>141</sup> Se Ravlo s. 355.

<sup>142</sup> Se Funke mot Frankrike (EMDs dom av 25. februar 1993).

<sup>143</sup> Se Schei s. 77.

<sup>144</sup> Se Funke mot Frankrike (EMDs dom av 25. februar 1993 punkt 44).

the Distillers Company PLC, i sterk konkurranse med andre. For å hindre kursfall arrangerte selskapet støttekjøp av aksjer i strid med lovgivningen. Saunders ble ved flere anledninger avhørt av inspektører om forholdet. Saunders var forpliktet til å forklare seg og brudd på denne plikten var sanksjonert. Forklaringene ble brukt på en inkriminerende måte og EMD konkluderte dermed med det forelå en krenkelse av retten til ikke å inkriminere seg selv i henhold til EMK art. 6 (1).<sup>145</sup>

I Murray mot Storbritannia fastslår EMD at formålet med EMK art. 6 er å gi beskyttelse mot ”improper compulsion” fra myndighetenes side. Uten å ta standpunkt til hva ”improper compulsion” innebærer, kom EMD til at retten til taushet ikke er absolutt og at sakens omstendigheter medførte at EMK art. ikke var krenket. Murray-saken skilte seg fra Funke-saken med hensyn til graden av tvang (compulsion) som var brukt.<sup>146</sup> Igjen var det bruken av tvang som var avgjørende i forhold til om vernet mot selvinkriminering var krenket.

Vernet mot selvinkriminering vokste som nevnt frem som en reaksjon på middelalderens bruk av tortur som middel til å tvinge frem tilståelser. Denne formen for tvang heldigvis ikke særlig utbredt nå for tiden, i det minste ikke i Europa.<sup>147</sup> I dag er det mer vanlig at mistenkte tvinges til å frembringe bevis ved hjelp av økonomiske sanksjoner. Dette fremgår av den nevnte praksisen fra EMD. Også på konkurranserettens område har konkurransemyndighetene kompetanse til å ilegge slike sanksjoner dersom ikke foretakene følger et pålegg om å gi opplysninger.

Det gis her en kort oversikt over bestemmelsene i den norske konkurranseloven og bestemmelsene innen EU-retten som gir konkurransemyndighetene kompetanse til å ilegge sanksjoner i hensikt å tvinge foretakene til å samarbeide. Etter krrl § 29 kan et foretak ilegges overtredelsesgebyr dersom foretaket eller noen som har handlet på vegne av det, forsettlig eller uaktsomt har unnlatt å etterkomme pålegg etter §§ 24 (opplysningsplikt og

---

<sup>145</sup> Se Saunders mot Storbritannia (EMDs dom av 17. desember 1996, punkt 76).

<sup>146</sup> Se Betten and Grief s. 104.

<sup>147</sup> For øvrig eksisterer det et eget forbud mot tortur i EMK art.3.



gransking) eller 25 (bevissikring), eller har gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger til konkurransemyndighetene. I tillegg kan Konkurransetilsynet for å sikre at pålegg om å gi opplysninger etter krrl. § 24 overholdes, ilegge en løpende mulkt inntil forholdet er rettet, jfr. krrl. 28 (tvangsmulkt).

På EU-rettens område kan foretakene i henhold til rådsforordning 1/2003 art. 23 (1)(a) ilegges bøter bare dersom de forsettlig eller uaktsomt, gir *uriktige* eller *villedende* opplysninger som svar på en anmodning i henhold til art. 18 (2). Foretakene er ikke tvunget til å gi opplysninger når begjæringen fremsettes ved en anmodning. Begjæringen er derimot bindende dersom den er fremsatt ved en beslutning vedtatt i henhold til art. 18 (3). Da kan foretakene ilegges bøter dersom de forsettlig eller uaktsomt, gir uriktige, ufullstendige eller villedende opplysninger, eller unnlater å gi opplysninger innen den fastsatte fristen, jfr. art. 23 (1)(b). Bøtene kan etter art. 23 være på opptil 1 % av den samlede omsetning i det foregående regnskapsår.

Samtidig har Kommisjonen kompetanse til i henhold til rådsforordning art. 24(1)(d) ved beslutning å ilegge foretak daglige tvangsbøter på opptil 5 % av den gjennomsnittlige daglige omsetning i det foregående regnskapsåret, for å tvinge foretakene til å gi fullstendige og riktige opplysninger som Kommisjonen har krevd ved beslutning i henhold til art. 18 (3).

EMDs praksis kan tyde på at Domstolen vil komme frem til at også konkurranselovgivningens bruk av økonomiske sanksjoner for å frembringe bevis vil krenke vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6, dersom en slik sak skulle komme opp for EMD. Bruken av tvang virker like inngripende i disse tilfelle som tvangen som foreksempel ble brukt overfor Funke. Nettopp det faktum at foretakene kan tvinges til å gi opplysninger ved at de ilegges økonomiske sanksjoner dersom de ikke samarbeider, tilsier at konkurransereglene ikke er i overensstemmelse med EMK art. 6. Rettsikkerhetshensyn tilsier at foretakene skal være beskyttet mot overgrep fra myndighetenes side. Slike hensyn er etter min mening, ikke ivaretatt på en tilfredsstillende måte når konkurransemyndighetene kan tvinge foretak til å skaffe bevis mot seg selv ved hjelp av økonomiske sanksjoner.

### 3.4 Hvilke bevis omfattes av vernet mot selvinkriminering?

#### 3.4.1 Innledning

I dette kapitlet er formålet å undersøke hvor omfattende vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6 er. I den forbindelse, vil jeg i det følgende drøfte hvilke bevis som omfattes av vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6. Med hvilke bevis mener jeg hva slags type/hvilke former for bevis som omfattes. Hensikten med drøftelsen er å undersøke i hvilke tilfelle foretakene kan være berettiget etter EMK art. 6 til å nekte å medvirke i å skaffe bevis som konkurransemyndighetene måtte ønske i sin etterforskning.

Vernet mot selvinkriminering kan som nevnt ikke leses ut av konvensjonsteksten, men er innfortolket av EMD.<sup>148</sup> Siden EMK er taus om vernet mot selvinkriminering, gir konvensjonsteksten heller ikke noen veiledning om hvilke bevis som omfattes. Jeg vil derfor på bakgrunn av andre rettskilder drøfte hvilke typer bevis som er omfattet av vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6.

#### 3.4.2 Praksis fra EMD

##### 3.4.2.1 Innledning

På bakgrunn av drøftelsene så langt i analysen, taler en rekke argumenter for at foretak som er under etterforskning av konkurransemyndighetene skal være beskyttet av vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6 fra det tidspunkt de er å anse som straffesiktet i konvensjonens forstand. Dermed vil de typene bevis som EMD i sin praksis har ansett å være omfattet av vernet mot selvinkriminering kunne være retningsgivende også i forhold til konkurransesaker.

##### 3.4.2.2 Forklaringer

EMD kom med en viktig uttalelse om vernets rekkevidde i Saunders-dommen.<sup>149</sup> I følge EMD er respekten for individets vilje til ikke å samarbeide i en sak mot seg selv det

---

<sup>148</sup> Se blant annet Funke mot Frankrike (EMDs dom av 25. februar 1993).

<sup>149</sup> Se Saunders mot Storbritannia (EMDs dom av 17. desember 1996 punkt 69).

sentrale. Dette fremgår av EMDs uttalelse om at retten til ikke å inkriminere seg selv er ”primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent”. At EMD nevner eksplisitt at vedkommende har en rett til å forholde seg taus (”to remain silent”) innebærer etter min mening at forklaringer er omfattet av vernet mot selvinkriminering. Dette mener jeg fordi en rett til taushet innebærer jo nettopp at vedkommende ikke behøver å si noe som helst og dermed at vedkommende ikke behøver å svare på spørsmål som myndighetene stiller.

Alle forklaringer omfattes som utgangspunkt av vernet mot selvinkriminering.<sup>150</sup> Etter EMDs praksis er også forklaringer som ikke er direkte inkriminerende omfattet av vernet. Dette følger av Saunders-dommen hvor det blant annet uttales følgende:<sup>151</sup>

”In any event, bearing in mind the concept of fairness in Article 6, the right to not incriminate oneself cannot reasonably be confined to statements of admission of wrongdoing or to remarks which are directly incriminating.”

EMD fastslo videre at også forklaringer som tilsynelatende ikke er inkriminerende ”such as exculpatory remarks or mere information on questions of fact” kan senere bli brukt ”to contradict or cast doubt upon other statements of the accused or evidence given by him during the trial or to otherwise undermine his credibility”.<sup>152</sup>

At både forklaringer som er direkte inkriminerende og forklaringer som ikke er direkte inkriminerende etter EMDs praksis omfattes av vernet i EMK art. 6 tilsier at foretakene under enhver omstendighet kan nekte å forklare seg for konkurransemyndighetene. Det kan muligens tenkes visse unntak. Ravlo mener at på bakgrunn av at EMD blant annet i Bendenoun-saken<sup>153</sup> aksepterte at tilleggsskattsystemet som sådan ikke krenket EMK art. 6,

---

<sup>150</sup> Se Saunders mot Storbritannia (EMDs dom av 17. desember 1996) og Ravlo s. 353.

<sup>151</sup> Se Saunders mot Storbritannia (EMDs dom av 17. desember 1996 punkt 71).

<sup>152</sup> Se Saunders mot Storbritannia (EMDs dom av 17. desember 1996 punkt 71).

<sup>153</sup> Se Bendenoun mot Frankrike (EMDs dom av 24. februar 1994).

er det sannsynlig at det må sondres mellom det som kalles opplysningsplikt og det som kalles forklaringsplikt. Forklaringer avgitt som et ledd i den alminnelige opplysningsplikten vil således ikke rammes av selvinkrimineringsforbudet, og vil derfor være et unntak fra hovedregelen om at alle forklaringer rammes av selvinkrimineringsforbudet.<sup>154</sup>

På konkurranserettens område benyttes uttrykket opplysningsplikt, likevel vil neppe dette utgjøre et slikt unntak som Ravlo omtaler. Konkurransemyndighetene står i en litt annen stilling enn enkelte andre forvaltningsorganer som driver kontroll, fordi de ikke får den bakgrunnsinformasjon som for eksempel ligningsmyndighetene får gjennom selvangivelsen.<sup>155</sup> Konkurransemyndighetene etterspør opplysninger først i situasjoner der de mistenker at foretak kan ha overtrådt konkurransereglene. Dette minner sånn sett mer om opptak av forklaringer av en mistenkt i en tradisjonell straffesak. På bakgrunn av dette tilsies det etter min mening, at det ikke skal gjøres unntak fra hovedregelen om at alle forklaringer omfattes av vernet mot selvinkriminering i forhold til konkurransereglene. Dermed kan ikke denne sontringen og oppstillingen av et mulig unntak, gi en forklaring på den tilsynelatende konflikten mellom reglene om opplysningsplikt innen konkurranseretten og EMK art. 6.

Etter min mening, kan EMDs praksis tilsi at foretak burde gis en tilsvarende beskyttelse dvs. at foretakene ikke skal kunne tvinges til å gi forklaringer uavhengig av om de er direkte inkriminerende eller ikke, også i konkurransesaker.

#### 3.4.2.3 Dokumenter

Dokumenter vil som utgangspunkt ikke omfattes av vernet.<sup>156</sup> Begrunnelsen er at dokumenter har et innhold som eksisterer uavhengig av en persons vilje. Hensynet bak selvinkrimineringsvernet, nemlig at man skal slippe å bidra til sin egen domfellelse, gjør seg derfor ikke gjeldende på samme måte.

---

<sup>154</sup> Se Ravlo s. 354.

<sup>155</sup> Se ligningsloven 13. juni 1980 nr 24 §§ 4-2 flg.

<sup>156</sup> Se Ravlo s. 353.

EMD presiserer i Saunders at det som omfattes av vernet mot selvinkriminering, er det som har sammenheng med en persons vilje.<sup>157</sup> I Saunders uttales det at “material which may be obtained from the accused through the use of compulsory power but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents...” ikke omfattes av vernet mot selvinkriminering.<sup>158</sup>

Det kan i utgangspunktet virke som dette ikke stemmer overens med det EMD kom til i Funke. I den dommen uttalte EMD at som følge av EMK art. 6, hadde enhver som var straffesiktet i henhold den betydning uttrykket tillegges i EMK, en rett ”to remain silent and not to contribute to incriminating himself”.<sup>159</sup> Dette omfattet retten til å ikke fremlegge inkriminerende dokumenter.<sup>160</sup>

Dersom noen må fremlegge dokumenter som kun en selv er i besittelse av, kan vedkommende i stor grad bidra til sin egen domfellelse. EMDs praksis tilsier at avgjørelsen om hvorvidt dokumenter kan innhentes som bevis eller ikke er avhengig av hvilken metode som brukes. At dokumenter som utgangspunkt ikke omfattes av selvinkrimineringsvernet begrunnes med at de har et innhold som eksisterer uavhengig av en persons vilje. I Funke var det her var snakk om dokumenter som myndighetene ”believed must exist, although they were not certain of the fact”.<sup>161</sup> Dokumentene kunne således ikke sies å eksistere uavhengig av Funkes vilje i og med at myndighetene var avhengig av hans hjelp for å få tilgang til dem. At myndighetene prøvde å tvinge Funke til å fremlegge dokumentene ved bruk av dagbøter medførte således at handlingen var i strid med vernet mot selvinkriminering til tross for at beviset i seg selv ikke rammes av vernet. Også av JB mot Sveits følger det at dersom myndighetene benytter utilbørlig press for å få fremlagt dokumenter, vil det kunne krenke vernet mot selvinkriminering.<sup>162</sup>

---

<sup>157</sup> Se Saunders mot Storbritannia (EMDs dom av 17. desember 1996 punkt 69).

<sup>158</sup> Se Saunders mot Storbritannia (EMDs dom av 17. desember 1996punkt 69).

<sup>159</sup> Se Funke mot Frankrike(EMDs dom av 25. februar 1993 punkt 44).

<sup>160</sup> Se Jones s. 1086.

<sup>161</sup> Jfr. Funke mot Frankrike (EMDs dom av 25. februar 1993 punkt 44).

<sup>162</sup> Se JB mot Sveits (EMDs dom av 3. mai 2001).

At EMD konkluderer med at det vernet mot selvinkriminering var krenket i Funke-saken til tross for at saken gjaldt utlevering av dokumenter må ses i lys av de spesielle omstendighetene i saken. Jeg sikter da til at myndighetene ikke visste med sikkerhet om disse dokumentene eksisterte og forsøkte å fremtvinge fremleggelsen ved ileggelse av bøter for hver dag som gikk uten at Funke fremla dokumentene. Denne type tvang er senere omtalt av EMD i John Murray-saken som ødeleggende for selve essensen av privilegiet mot selvinkriminering.<sup>163</sup> At dokumenter i Saunders nevnes sammen med andre bevistyper som ikke er omfattet av vernet mot selvinkriminering må trolig anses som det naturlige utgangspunkt, snarere enn en fravikelse av det standpunkt som EMD tok i Funke.

EMDs fortolkning i Funke kan være et argument for at dokumenter i visse tilfelle bør omfattes av vernet mot selvinkriminering. Dersom EMDs fortolkning legges til grunn, skulle dette tilsi at foretakene i visse tilfelle ikke kan tvinges til å utlevere dokumenter. Lignende omstendigheter som de i Funke-saken kan tenkes i forhold til konkurransesaker – konkurransemyndighetene ønsker utlevering av dokumenter de sannsynligvis ikke vil kunne få tak i ved bevissikring/kontrollundersøkelser,<sup>164</sup> og ilegger foretaket sanksjoner dersom det ikke samarbeider. Foretakene i en slik sak utsettes i likhet med det som var tilfellet for Funke, for utilbørlig press som igjen tilsier at vernet mot selvinkriminering kan være krenket.

#### 3.4.2.4 Andre typer bevismateriale

I Saunders presiseres det at det som omfattes av vernet mot selvinkriminering, er det som har sammenheng med en persons vilje.<sup>165</sup> Som eksempler på bevis som eksisterer uavhengig av en persons vilje og dermed ikke omfattes, nevnes pust, blod, urin og DNA-tester. Det er bevistyper som er praktiske i straffesaker vedrørende for eksempel promillekjøring, drap eller voldtekt. På konkurranserettens område er innhenting av denne

---

<sup>163</sup> Se John Murray mot Storbritannia (EMDs dom av 8. februar 1996 punkt 49).

<sup>164</sup> Se bestemmelsene om bevissikring i krrl. § 25 og rådsforordning art. 20 og 21.

<sup>165</sup> Se Saunders mot Storbritannia (EMDs dom av 17. desember 1996 punkt 69).

type bevis imidlertid ikke særlig praktisk siden overtredelsene er av en helt annen karakter og dette er derfor ikke relevant for vår problemstilling.

#### 3.4.2.5 Begrepene retten til taushet og retten til ikke å inkriminere seg selv

I *Funke v. Frankrike*<sup>166</sup> skiller EMD mellom retten til å forholde seg taus og retten til ikke å inkriminere seg selv: "the right ...to remain silent and not to contribute to incriminating himself."<sup>167</sup> Det særegne ved *Funke-dommen* er at den gjelder fremleggelse av dokumenter, ikke forklaringer. Etter vanlig språklig forståelse kan uttrykket "retten til taushet" tyde på at det bare er muntlige forklaringer og ikke andre typer bevis som for eksempel dokumenter, som omfattes av vernet. Sånn sett kan det være et poeng i nettopp denne dommen som gjelder dokumenter, å markere at vernet har et videre virkeområde enn kun å gi beskyttelse der myndighetene ønsker å ta opp forklaringer.

Også i *Saunders v. Storbritannia*<sup>168</sup> skiller EMD mellom retten til taushet og retten til å ikke inkriminere seg selv ettersom EMD oppstiller begge rettighetene i punkt 68:

"The Court recalls that, although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, the right to silence and the right to not incriminate oneself, are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6."

Dette virker noe forvirrende i og med at retten til taushet kan, etter min mening, anses som en del av vernet mot selvinkriminering. Om EMD nevner begge rettighetene for å skille mellom dem og derved oppstille to selvstendige rettigheter, eller om de nevner begge for å markere at retten til taushet er en grunnleggende del av vernet mot selvinkriminering, virker noe uklart. Jeg har valgt å se retten til taushet som en del av vernet mot selvinkriminering siden retten etter min mening utgjør vernets kjerne. Dette gjør jeg til

---

<sup>166</sup> Se *Funke mot Frankrike* (EMDs dom av 25. februar 1993).

<sup>167</sup> Se *Funke mot Frankrike* (EMDs dom av 25. februar 1993 punkt 44, siste setning).

<sup>168</sup> Se *Saunders mot Storbritannia* (EMDs dom av 17. desember 1996).

tross for at dommens ordlyd kan tilsi at retten til taushet er en selvstendig rettighet ved siden av retten til å ikke inkriminere seg selv. Den sistnevnte retten må i tilfelle oppfattes som en restkategori som samler de andre måtene man kan inkriminere seg selv på, for eksempel ved utlevering av dokumenter som i Funke-saken. Samtidig kan EMDs uttalelse i Saunders punkt 69 tilsi at det ikke skal skilles mellom rettighetene:

”The right not to incriminate oneself is *primarily* (min utheving) concerned, however, with respecting the will of an accused to remain silent.”

Her virker det naturlig å forstå EMD slik at retten til taushet utgjør en grunnleggende rettighet innen retten til ikke å inkriminere seg selv, slik at retten til ikke å inkriminere seg selv utgjør den videste retten.<sup>169</sup>

### 3.4.3 Praksis fra EF-domstolen

Også EF-domstolens praksis kan tillegges en viss vekt ved tolkning av EMK.<sup>170</sup> Særlig i konkurransesaker kan det være grunn til å vektlegge EF-domstolens praksis i og med at denne domstolen en rekke ganger har behandlet denne type saker og sånn sett har særlig kompetanse og erfaring innen dette rettsområdet.

EF-domstolen har direkte behandlet spørsmålet som analysens problemstilling reiser. Blant annet kom spørsmålet om betydningen av vernet mot selvinkriminering ved Kommisjonens innhenting av bevis opp i Orkem mot Kommisjonen.<sup>171</sup>

I Orkem-saken skiller EF-domstolen mellom retten til å tvinge foretaket til å fremskaffe faktisk informasjon som kan benyttes til å etablere et brudd på reglene, og en rett til å

---

<sup>169</sup> Også O’Boyle tolker uttalelsene i Saunders slik; ”However for Judge Martens in Saunders it ”seems obvious” that the privilege against self-incrimination is the broader right.” Dette skriver O’Boyle etter først å ha påpekt at “Traditionally the right to silence encompassed (1) the notion that it was for the prosecution to prove the case against the accused, and (2) the privilege against self-incrimination. Se O’Boyle s. 1023

<sup>170</sup> Jfr. det som er sagt i punkt 2.1.5 om at det foreligger enkelte dommer fra EMD hvor EF-domstolens praksis brukes som tolkningsmoment og at EF-domstolens argumenter kan brukes som argument fordi den gir uttrykk for felles europeiske normer.

<sup>171</sup> Se Orkem mot Kommisjonen (EF-domstolens dom av 18. oktober 1989 i sak 374/87).



tvinge foretaket til å innrømme bruddet. Kommisjonen har den førstnevnte, men ikke den sistnevnte retten.<sup>172</sup> EF-domstolen kom til at Europakommisjonen ikke kan ”pålegge en virksomhet plikt til at bevare spørsmål, såfremt virksomheten derved tvinges til at afgive tilståelse om at have begået rettstridige handlinger, som det påhviler Kommissionen at føre bevis for.”<sup>173</sup> EF-domstolen gjorde det imidlertid også klart at Europakommisjonen kan pålegge et foretak:

”dels at meddele alle nødvendige opplysninger om de omstændigheder, som virksomheden kan tenkes at være bekendt med, dels at fremlægge de dokumenter om disse omstændigheder, som virksomheden er i besiddelse af, selv om de pågældende oplysninger eller dokumenter vil kunne anvendes som bevis for, at virksomheden selv, eller en anden virksomhed, har handlet i strid med konkurrenceregerne.”<sup>174</sup>

Problemet er at dette muligens ikke er i tråd med EMDs tolkning av EMK art. 6 om retten til en rettferdig rettergang.<sup>175</sup> Etter EMDs praksis er også forklaringer som ikke er direkte inkriminerende omfattet av vernet, dette følger av Saunders-saken.

EF-domstolen benektet i Orkem at EMK art. 6 gir en rett til å nekte å vitne mot seg selv. Det uttales følgende i dommen:

”Vedrørende den europeiske menneskerettighedskonventions artikel 6 bemærkes, at selv om det antages, at denne bestemmelse ville kunne påberåbes af en virksomhed, over for hvem der er iværksat en undersøgelse på konkurrenceområdet, må det konstateres, at det

---

<sup>172</sup> Se Jones s. 1085.

<sup>173</sup> Se Orkem mot Kommisjonen (EF-domstolens dom av 18. oktober 1989 i sak 374/87 punkt 35).

<sup>174</sup> Se Orkem mot Kommisjonen (EF-domstolens dom av 18. oktober 1989 i sak 374/87 punkt 34).

<sup>175</sup> Se Jones s. 1085.

hverken fremgår av dens ordlyd eller Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis, at bestemmelsen hjemler nogen ret til at nægte at vidne imod sig selv.”<sup>176</sup>

Orkem-dommen er imidlertid avsagt i 1989, altså fire år før EMDs dom i Funke-saken. Jeg tviler sterkt på at EF-domstolen vil opprettholde det standpunkt sitatet gir uttrykk for etter at EMD i blant annet Funke-, John Murray- og Saunders-avgjørelsene har kommet til at vernet mot selvinkriminering kan hjemles i EMK art. 6.

Også i Mannesmannröhren-Werke-dommen<sup>177</sup> skiller Retten mellom å besvare spørsmål av rent faktisk karakter og spørsmål som kan innebære at det innrømmes en overtredelse av et konkurranserettslig forbud. Det uttales at spørsmål av rent faktisk karakter ikke kan antas å være i med prinsippet om retten til kontradiksjon eller retten til en rettferdig rettergang.

I forhold til dokumenter, uttales det i Mannesmannröhren-Werke-dommen at plikten til å etterkomme Kommisjonens begjæringer om å utlevere eksisterende dokumenter ikke kan antas å være i strid med prinsippet om rett til kontradiksjon eller retten til en rettferdig rettergang.<sup>178</sup> Her opprettholder Retten det resultat EF-domstolen kom til i Orkem-saken. Dette standpunkt er tilsynelatende i overensstemmelse med det EMD kom til i Saunders i og med at det i denne dommen uttales at vernet mot selvinkriminering ikke omfatter ”material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents..”. På EU-rettens område åpnes det imidlertid ikke for at foretak er berettiget til å nekte å utlevere dokumenter dersom myndighetene forsøker å tvinge dem til å utlevere dokumenter med et inkriminerende innhold, slik EMD gjorde i Funke-saken. På bakgrunn av dette gis foretakene tilsynelatende et snevrere vern mot selvinkriminering også i forhold til dokumenter enn det som følger av EMDs praksis.

---

<sup>176</sup> Se Orkem mot Kommisjonen (EF-domstolens dom av 18. oktober 1989 i sak 374/87 punkt 30).

<sup>177</sup> Se Mannesmannröhren-Werke AG mot Kommisjonen (Retten dom av 20. februar 2001 i sak T-112/98).

<sup>178</sup> Se Mannesmannröhren-Werke AG mot Kommisjonen (Retten dom av 20. februar 2001 i sak T-112/98 punkt 78).

Den nevnte praksis kan tyde på at foretak bli kan tvinges til å svare på spørsmål av faktisk karakter og til å produsere dokumenter til tross for at denne informasjonen kan bli brukt mot dem, men de er berettiget til å nekte å svare på spørsmål som kan innebære innrømmelser.<sup>179</sup>

At EF-domstolen kom til et slikt standpunkt er muligens ikke så unaturlig med hensyn til Orkem-saken siden denne dommen ble avsagt før EMD i Funke-saken innfortolket vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6. Det er mer betenkelig at Førsteinstansretten opprettholdt dette standpunktet i Mannesmannröhren-Werke som ble avsagt i 2001, altså etter både Funke- og Saunders-dommene. EU har ikke tiltrådt EMK, noe alle EUs medlemsstater på sin side har gjort. Det er nok derfor riktig at EF-domstolen og Førsteinstansretten som det påpekes i Mannesmannröhren-Werke, ikke er kompetent til å vurdere lovligheten av en konkurranserettslig undersøkelse i forhold til bestemmelsene i EMK da disse ikke umiddelbart er en del av fellesskapsretten. EU-traktatens art. 6 som fastslår at Unionen skal respektere de grunnleggende rettigheter slik de er sikret i EMK, tilsier imidlertid at EMDs standpunkt legges til grunn. Retten viser til denne bestemmelsen i Mannesmannröhren-Werke,<sup>180</sup> men velger heller å begrunne sitt resultat på bakgrunn av alminnelige prinsipper om retten til kontradiksjon og retten til rettferdig rettergang som i følge Retten gir en lignende beskyttelse som den som sikres ved EMKs art. 6.<sup>181</sup> Jeg er enig i at prinsippene gir en lignende beskyttelse, men som drøftelsene har vist er beskyttelsen som følger av EF-domstolens praksis mindre omfattende enn den som følger av EMD.<sup>182</sup>

---

<sup>179</sup> Denne tilnærmingen kommer i tillegg til uttrykk i rådsforordning 1/2003 recital 23 som er utarbeidet på grunnlag av EF-domstolens praksis.

<sup>180</sup> Se Mannesmannröhren- Werke AG mot Kommisjonen (Rettens dom av 20. februar 2001 i sak T-112/98 punkt 60).

<sup>181</sup> Se Mannesmannröhren-Werke AG mot Kommisjonen (Rettens dom av 20. februar 2001 i sak T-112/98 punkt 77).

<sup>182</sup> Dette synet støttes av Whish. Se s. 263 der han skriver: "Judgements of the European Court of Human Rights in Funke v France and Saunders v United Kingdom have recognised a right to remain silent in criminal cases, but it seems after the Mannesmann judgement that Community law will not extend privilege this far in relation to cases under Articles 81 and 82...".

Til tross for at foretakene på bakgrunn av EF-domstolens praksis gis et snevrere vern enn det som følger for fysiske personer etter EMDs praksis, betyr ikke dette at EMD vil tolke vernet mot selvinkriminerings rekkevidde på tilsvarende vis som EF-domstolen. Det kan i denne forbindelse nevnes at EMD i Funke ikke nevner Orkem-saken i sin avgjørelse, til tross for at Orkem-saken gjaldt lignende spørsmål og var avsagt av EF-domstolen flere år tidligere. Dette kan tyde på at EMD ikke vil legge til grunn EF-domstolens syn ved sine avgjørelser.

#### 3.4.4 Formålsbetraktninger

Ved vurderingen av betydningen av vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6 ved konkurransemyndighetenes innhenting av bevis stilles hensynet til foretakenes rettsikkerhet opp mot hensynet til samfunnets interesse i en effektiv håndhevelse av konkurransereglene.<sup>183</sup>

I Soering mot Storbritannia uttales det at "inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights".<sup>184</sup> At handlinger i strid med konkurranserettsreglene blir oppklart og sanksjonert vil være i samfunnets interesse. Konkurransbegrensende samarbeid og misbruk av dominerende stilling kan medføre ugunstige forhold for både forbrukere og andre markedsaktører. Som eksempel kan avtaler om oppdeling av markeder medføre et dårligere vareutvalg.<sup>185</sup>

Effektivitetshensyn kan tale for at vernet mot selvinkriminering gis en begrenset rekkevidde slik at bare direkte inkriminerende forklaringer omfattes. Som det har fremgått av EF-domstolens praksis, legges en slik oppfattelse av vernet mot selvinkriminering til

---

<sup>183</sup> Se Innst.O.nr.50 (2003-2004) punkt 1.7.1.1.

<sup>184</sup> Se Soering mot Storbritannia (EMDs dom av 7. juli 1989 punkt 89). (Til tross for at det her står "the individual's fundamental rights", mener jeg at dette argumentet kan overføres til saker som gjelder foretak, jfr. kap. 2.1.).

<sup>185</sup> Se Whish s. 477.

grunn på EU-rettens område. Dersom EMD kommer frem til at vernet mot selvinkriminering gjelder overfor foretak ved konkurransemyndighetenes innhenting av bevis i samme utstrekning som det gjør overfor enkeltindivider i straffesaker vil dette trolig vanskeliggjøre en effektiv håndhevelse av konkurransereglene.

Førsteinstansretten uttaler i Mannesmannröhren-Werke at anerkjennelsen av en absolutt rett til å nekte å uttale seg ville utgjøre en ubegrunnet hindring for Kommisjonens oppfyllelse av plikten til å påse at konkurransereglene overholdes innenfor fellesmarkedet.<sup>186</sup> På bakgrunn av Mannesmannröhren-Werke-dommen legges det innen EU-rettens område, tilsynelatende større vekt på hensynet til en effektiv håndhevelse av konkurransereglene enn det legges på hensynet til rettssikkerhet.<sup>187</sup>

Hensynet til en effektiv håndhevelse av konkurransereglene må imidlertid veies opp mot hensynet til foretakenes rettssikkerhet. Det kan både virke urimelig og inngripende at de tvinges til å medvirke i å skaffe bevis som kan medføre alvorlige sanksjoner. Dersom en sak vedrørende vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6 i forbindelse med konkurransemyndighetenes innhenting av bevis skulle komme opp for EMD, vil EMD trolig foreta en noe annen vurdering og vektlegging av de omtalte hensynene enn det som gjøres på EU-rettens område. Førsteinstansrettens argumenter i Mannesmannröhren-Werke minner litt om de som ble anført i Funke. Her uttalte imidlertid EMD at "The special features of customs law cannot justify such an infringement of the right of anyone "charged with a criminal offence", within the autonomous meaning of this expression in Article 6, to remain silent and not to contribute to incriminating himself".

### 3.4.5 Oppsummering

Det er ikke opplagt at EMD vil gi vernet mot selvinkriminering den samme rekkevidde overfor juridiske personer under konkurranserettslig etterforskning som EMD har gjort i

---

<sup>186</sup> Se Mannesmannröhren-Werke AG mot Kommisjonen (Rettens dom av 20. februar 2001 i sak T-112/98 punkt 66).

<sup>187</sup> Jfr. Mannesmannröhren-Werke AG mot Kommisjonen (Rettens dom av 20. februar 2001 i sak T-112/98 punkt 66).

saker knyttet til etterforskning av fysiske personer som potensielt kunne føre til idømmelse av fengsel eller andre strafferettslige sanksjoner, i og med at en konkurranserettslig prosess kun kan føre til bøteleggelse av juridiske personer.<sup>188</sup>

Samtidig mener jeg at et av EMKs formål, nemlig å hindre overgrep fra statens side, tilsier at foretak innrømmes tilsvarende beskyttelse som den som innrømmes fysiske personer i henhold til EMDs praksis.<sup>189</sup> Dette innebærer at foretak som etterforskes av konkurransemyndighetene etter min mening, er berettiget til å nekte å gi forklaringer uavhengig av om opplysningene anses som inkriminerende eller ikke, i og med at også forklaringer som ikke er direkte inkriminerende etter Saunders-dommen omfattes av vernet. Foretakene vil i utgangspunktet være pliktige til å utlevere dokumenter,<sup>190</sup> men i visse situasjoner vil foretakene etter min mening, også være berettiget til å nekte å utlevere dokumenter. Dette vil være i situasjoner som ligner på omstendighetene i Funke-saken,<sup>191</sup> nemlig der konkurransemyndighetene for å få tak i visse dokumenter som de regner med at eksisterer, forsøker å tvinge det mistenkte foretaket til selv å tilveiebringe bevis på overtredelser foretaket angivelig har begått.

---

<sup>188</sup> Dette synspunktet anføres av Wils, se s. 577.

<sup>189</sup> Se EMKs preambel 5. setning - ivaretagelse av rettsstatens verdier ("rule of law") og Golder mot Storbritannia (EMDs dom av 21. februar 1975).

<sup>190</sup> Jfr. Saunders mot Storbritannia (EMDs dom av 17. desember 1996).

<sup>191</sup> Se Funke mot Frankrike (EMDS dom av 25. februar 1993 punkt 44).

#### **4 "Leniency"-instrumentet i forhold til vernet mot selvinkriminering i EMK artikkel 6**

Det kan stilles spørsmål om det å tilby en fordel til de som velger å inkriminere seg selv, kan utgjøre tvungen selvinkriminering i strid med vernet mot selvinkriminering i EMK art.

6. Denne problemstillingen kan oppstå i forbindelse med de konkurranserettslige reglene om full eller delvis reduksjon av overtredelsesgebyr/ bøter dersom foretaket hjelper til å oppklare brudd på forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid ("leniency").<sup>192</sup>

Det er i praksis svært vanskelig for konkurransemyndighetene å fremskaffe nødvendig informasjon på egen hånd. Kommisjonen synes for tiden å oppklare de fleste saker om overtredelse av EF-traktaten art. 81 ved tips fra kartelldeltakere, som derved oppnår straffelempling.<sup>193</sup> Den utbredte bruken av dette instrumentet kan tilsi at problemstillingen ofte kan oppstå i praksis.

Det er imidlertid slik at kun ett foretak kan få full reduksjon av overtredelsesgebyret.<sup>194</sup> Det vil være det foretaket som er først ute med å fremlegge bevis som ikke tidligere var kjent og som gjør det mulig å få beslutning om bevissikring eller bevise overtredelse av konkurranseloven § 10.<sup>195</sup> Andre foretak som legger frem bevis som vesentlig styrker muligheten for å bevise ulovlig samarbeid kan oppnå delvis reduksjon av overtredelsesgebyret.<sup>196</sup>

---

<sup>192</sup> Se krrl. § 31 og forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr (FOR-2005-08-22 nr. 909) og Kommisjonens meddelelse om "bødefritagelse og bødenedsettelse i kartelsager" (2002/C 45/03).

<sup>193</sup> Se Ot. prp. nr. 6 (200-2004) punkt 9.2.4.

<sup>194</sup> Se forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr § 4 (3).

<sup>195</sup> Se forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr § 4 (1). For tilsvarende regler på EU-retten område, se Kommisjonens meddelelse punkt 8-11.

<sup>196</sup> Se forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr § 6. For tilsvarende regler på EU-retens område se Kommisjonens meddelelse punkt 20-23.

I praksis kan dette muligens føre til at foretak føler seg presset til å fremlegge bevis i håp om å oppnå immunitet eller i det minste en delvis reduksjon av overtredelsesgebyret/boten. Argumentet om at "leniency"-instrumentet kan være i strid med vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6 vil imidlertid trolig ikke føre noen vei i og med at det er opp til foretakene å bestemme om det vil gjøre bruk av det eller ei. Det er som nevnt tvungen selvinkriminering EMK art. 6 beskytter mot. Følgende uttalelse i Saunders taler for at "leniency"-instrumentet er uproblematisk i forhold til vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6: "Persons are always free to incriminate themselves if in doing so they are exercising their own will".<sup>197</sup>

---

<sup>197</sup> Se dommer Walsh' særavotum i Saunders mot Storbritannia (EMDs dom av 17. desember 1996). Se også Wils s. 580 hvor han henviser til uttalelsen i Saunders og uttaler: "The use of the instrument of leniency does not raise any objections with regard to the privilege of self-incrimination as recognised in the case law of the European Court of Human Rights".



## 5 Avsluttende bemerkninger

Analysens drøftelser kan tyde på at foretak kan påberope seg vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6. Juridiske personer har i likhet med fysiske personer behov for beskyttelse mot urimelig og vilkårlig opptreden fra myndighetenes side. Samtidig tilsier en rekke av analysens argumenter at overtredelsesgebyrene kan anses som straff i EMKs forstand til tross for at disse sanksjonene ikke rubriseres som straff i norsk lovgivning. Det er særlig overtredelsesgebyrenes alvor som trekker i denne retning. Som nevnt, kan overtredelsesgebyrene bli meget betydelige – opptil ti prosent av foretakets omsetning. Disse argumentene kan tilsi at vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6 vil komme til anvendelse ved konkurransemyndighetenes innhenting av bevis.

Analysens drøftelser tilsier også at vernet mot selvinkriminering skal ha tilsvarende innhold som det som følger av EMDs praksis i forhold til fysiske personer. Dette vil i tilfelle medføre at konkurransemyndighetene ikke kan pålegge foretakene å forklare seg uavhengig av om forklaringene anses å være direkte inkriminerende eller ei. I tillegg vil foretakene i visse tilfelle heller ikke kunne tvinges til å fremlegge dokumenter. Dette vil være i situasjoner der foretakene utsettes for utilbørlig press fra konkurransemyndighetenes side. At vernet mot selvinkriminering tillegges et slikt innhold ved konkurransemyndighetenes innhenting av bevis, vil medføre at det blir vanskeligere for konkurransemyndighetene å oppklare brudd på konkurranselovgivning. Etter min mening bør likevel hensynet til foretakenes rettssikkerhet veie tyngre enn hensynet til en effektiv håndhevelse av konkurransereglene.

Problemet er at spørsmålet i stor utstrekning ikke er avklart. Det foreligger ingen dommer fra EMD som direkte avklarer spørsmålet. Heller ikke den nye konkurranseloven som trådte i kraft i 2004 gir noe svar. Problemet overlates således til de private aktørene i den

forstand at de må ta risikoen med å trosse den sanksjonerte opplysningsplikten og påberope seg vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6.

## 6 Litteraturliste

### Bøker

Aall, Jørgen. *Rettergang og menneskerettigheter*. Bergen: Universitetsforlaget 1995

Betten, Lammy & Grief, Nicholas. *EU Law and Human Rights*. London: Longman 1998

Christensen, Andreas m. fl. *Konkurrenceretten i EU*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2003

Dijk, P. van og Hoof, G. J. H. van. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Haag: Kluwer Law International 1998

Gisle, Jon m. fl. *Jusleksikon*, Oslo: Kunnskapsforlaget 1999

Harris, D. J., M. O'Boyle og C. Warbrick. *Law of the European Convention on Human Rights*. London: Butterworths 1995

Hasselgaard, Ole m.fl. *Retssikkerhedsloven med kommentarer*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2005

Jebens, Sverre Erik. *Menneskerettigheter i staffeprosessen*. Oslo: Cappelen Akademisk Forlag 2004

Jones, Alison & Sufrin, Brenda. *EC Competition Law*. (Second Edition). Oxford: Oxford University Press 2004

Levy, Leonard W. *Origins of the Fifth Amendment – The Right Against Self-incrimination*. New York: Macmillan 1968

Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. Oslo: Cappelen Akademisk Forlag 2002

Ovey, Clare & White, Robin. *The European Convention on Human Rights*. (Third Edition) Oxford: Clarendon Press 2002

Ruud, Morten og Ulfstein, Geir. *Innføring i folkerett*. Oslo: Tano Aschehoug 1998

Whish, Richard. *Competition Law*. (Fifth Edition). UK: LexisNexis, Butterworths 2003

### **Artikler**

Andenæs, Johs. *Noen konsekvenser av det autonome straffebegrepet i Den Europeiske menneskerettighetskonvensjon*. I: Rettsteori og rettsliv. Festskrift til Carsten Smith til 70-årsdagen 13. juli 2002, s. 15-28. Oslo: Universitetsforlaget 2002

Elgesem, Frode. *Tolking av EMK – Menneskerettsdomstolens metode*. I: Lov og Rett. Nr. 4-5 - 2003 - 42. årgang, s. 203-230. Oslo: Universitetsforlaget 2003

Eriksen, Morten. *Usannhet og forklaringsnektelse – lovbrudd eller menneskerett?* I: Lov og Rett. Nr. 2 – 1998, s. 94- 105. Oslo: Universitetsforlaget 1998

Graver, Hans Petter. *Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranselover § 11*. I: Lov og Rett. Nr. 6 - 2004 – 43. årgang, s. 340-359. Oslo: Universitetsforlaget 2004

O'Boyle, Michael. *Freedom from self-incrimination and the right to silence: a Pandora's box?* I: Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal. Köln: Carl Heymanns Verlag KG 2000

Ravlo, Line. *Forbudet mot selvinkriminering – en oversikt over gjeldende norsk rett sett på bakgrunn av Den europeiske menneskerettighetskonvensjon*. I: Utv. Dommer, uttalelser m.v. i skattesaker og skatespørsmål – Årgang 1999 nr. 1, s. 328-367. Bergen: Ligningsutvalget 1999

Rogne, Ingrid. *Forklaringsplikt i konkurransesaker*. I: IUSEF. Nr. 33. Oslo: Universitetsforlaget 2000

Schei, Kristine. *Forvaltningskontroll og menneskerettigheter*. Tidsskrift for forretningsjuss, 1997 s. 75 flg. Oslo: Gyldendal Akademisk 1997

Wils, Wouter P.J. *Self-incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*. I: World Competition 26(4): 2003 s. 567-588. Nederland: Kluwer Law International 2003

### **Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD)**

Autronic AG mot Sveits. Dom av 22. mai 1990. A 178 (1990)

Bankovic m. fl. mot Belgia. Dom av 12. desember 2001. Reports 2001 - XII

Bendenoun mot Frankrike. Dom av 24. februar 1994. A 284 (1994)

Christine Goodwin mot Storbritannia. Dom av 11. juli 2002. Reports 2002 - VI

Corigliano mot Italia. Dom av 10. desember 1982. A 57 (1982)

Deweert mot Belgia. Dom av 27. februar 1980. A 35 (1980)

Eckle mot Tyskland. Dom av 15. juli 1982. A 51 (1982)

Engel m. fl. mot Nederland. Dom av 8. juni 1976. A 22 (1976)

Fayed mot Storbritannia. Dom av 21. september 1994. A 294 – B (1994)

Funke mot Frankrike. Dom av 25. februar 1993. A 257 – A (1993)

Garryfallou AEBE mot Hellas. Dom av 24. september 1997. RJD (1997)

Golder mot Storbritannia. Dom av 21. februar 1975. A 18 (1979)

Hatton m. fl. mot Storbritannia. Dom av 2. oktober 2001

JB mot Sveits. Dom av 3. mai 2001. Reports 2001 - III

John Murray mot Storbritannia. Dom av 8. februar 1996. RJD (1996)

Saunders mot Storbritannia. Dom av 17. desember 1996. RJD (1996)

Société Colas Est m. fl. mot Frankrike. Dom av 16. april 2002. Reports 2002 - III

Soering mot Storbritannia. Dom av 7. juli 1989. A 161 (1989)

Özturk mot Tyskland. Dom av 21. februar 1984. A 256 – A (1984)

### **Avgjørelser av Den europeiske menneskerettighetskommissjonen**

K. mot Østerrike. No 16002/90 Report of 13 October 1992, 2. juni 1993 A 255 – B (1993)

Société Stenuit mot Frankrike. Report of 30 May 1991, 27. februar 1992. A 232 – A (1992)

### **Avgjørelser fra EF-domstolen og Førsteinstansretten**

Klaus Höfner & Fritz Elser mot Macrotron GmbH. Domstolens dom av 23. april 1991 i sak C-41/90. Samling av Avgjørelser 1991 s. I-01979

Mannesmannröhren-Werke AG mot Kommisjonen. Rettens dom av 20. februar 2001 i sak T-112/98. Samling av Avgjørelser 1989 s. 03283

Orkem mot Kommisjonen. Domstolens dom av 18. oktober 1989 i sak 374/87. Samling av Avgjørelser s. II-00729

### **Konvensjoner, traktater**

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK). Roma, 4. november 1950

Traktat om Den europeiske union. (EU-traktaten). Maastricht, 17. februar 1992

Traktat om opprettelse av Det europeiske fellesskap (EF-traktaten). Roma, 25. mars 1957

Statuttene for Den internasjonale domstol. San Francisco, 26. juni 1945

Wien-konvensjonen om traktatretten. 23. mai 1969

### **Lover**

EØS-loven. Lov av 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m. v.

Konkurranseloven. Lov av 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger

Ligningsloven. Lov av 13. juni 1980 nr. 24 om ligningsforvaltning

Menneskerettsloven. Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

Straffeloven. Alminnelig borgerlig straffelov av 22. mai 1902 nr. 10

Straffeprosessloven. Lov av 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker

### **Førarbeider**

Innst.O.nr.50 (2003-2004) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om A) lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretaksammenslutninger (konkurranseloven) og B) lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Moderniseringsdepartementets høringsnotat – utkast til forskrift om opplysningsplikt, bevissikring og behandling av overskuddsinformasjon (høringsfrist 04.07.05)

NOU 2003: 12 Ny konkurranselov

NOU 2003: 15 Fra bot til bedring

Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

### **Forskrifter**

Forskrift om utmåling og lempning av overtredelsgebyr (FOR-2005-08-22 nr. 909)

### **Diverse EU-rettslige kilder**

Guidelines on the Method of setting Fines Imposed Pursuant to Article 15 (2) of Regulation No 17 and Article 65 (5) of the ECSC Treaty, Official Journal C 9 p. 3 of 14.01.1998



Kommisjonens meddelelse om “bødefritagelse og bødenedsettelse i kartelsager” (2002/C 45/03)

Rådets forordning (EF) Nr. 1/2003 av 16. desember 2002 om gjennomførelse av konkurransereglene i traktatens artikkel 81 og 82, EU-tidende L 1 s. 1 av 04.01.2003

### **Elektroniske dokumenter**

Konkurransetilsynets avgjørelse av 6. juni 2005 (V2005-9). [Sitert 11.11.05] Tilgang: <http://www.konkurransetilsynet.no> (under Avsluttede saker)

Konkurransetilsynets varsel av 19. september 2005.[Sitert 11.11.05] Tilgang: <http://www.konkurransetilsynet.no> (under Aktuelt)

Konkurransetilsynets varsel av 8.desmber 2004.[Sitert 11.11.05] Tilgang: <http://www.konkurransetilsynet.no> (under Aktuelt)

*Ny EØS-konkurranselov i kraft fra 19. mai 2005.* Publisert: 19.05.05 [Sitert: 21.10.05]  
Tilgang: <http://www.konkurransetilsynet.no> (under Aktuelt)